

L'ACTIONNAIRE SANS TITRE SES DROITS

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

par

Emmanuel STAUFFER
SIGNAU - BERNE

THÈSE N° 624

GENÈVE
Georg & C^{ie} S.A. Genève
1976

En vente chez Georg & C^{ie} S.A. Genève

L'ACTIONNAIRE SANS TITRE SES DROITS

THÈSE

PRÉSENTÉE A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GENÈVE
POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

par

Emmanuel STAUFFER
SIGNAU - BERNE

THÈSE N° 624

GENÈVE
Georg & C^{ie} S.A. Genève
1976

En vente chez Georg & C^{ie} S.A. Genève

La faculté de droit autorise l'impression de la présente dissertation sans entendre émettre par là aucune opinion sur les propositions qui s'y trouvent énoncées.

Genève, le 5 juillet 1976

Thèse 624

Le Doyen :
J. THORENS



A la mémoire de mon père

A mon épouse

AVANT-PROPOS

C'est à Monsieur Paul Carry, alors professeur à la Faculté de droit de Genève que nous devons la première idée d'une thèse sur l'actionnaire sans titre, il y a de cela plusieurs années. Nous lui en disons toute notre reconnaissance.

En Monsieur Robert Patry, aujourd'hui juge fédéral, nous avons trouvé un directeur de thèse qui n'a cessé de nous faire bénéficier de sa riche expérience et dont les conseils et les encouragements nous ont été d'un très grand secours. Qu'il veuille trouver ici l'expression de notre profonde gratitude.

Nos remerciements vont également à Messieurs Alain Hirsch et Louis Dallèves, professeurs à la Faculté de droit de Genève, qui ont accepté d'examiner notre travail et dont les remarques ont été extrêmement bénéfiques pour la rédaction finale de celui-ci.

Genève, février 1977.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ABRÉVIATIONS

AktG	Aktiengesetz du 6 septembre 1965 (Allemagne)
al.	alinéa(s)
Art.	Article(s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bl. ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
CC	Code civil suisse
cf.	<i>confer.</i>
chif.	chiffre
CO	Code des obligations
CP	Code pénal suisse
FF	Feuille fédérale
FOSC	Feuille officielle suisse du commerce
JT	Journal des Tribunaux
LPC	Loi de procédure civile genevoise
litt.	lettre
LP	Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ORC	Ordonnance sur le Registre du commerce
par.	paragraphe
p.	page
pp.	pages
Rap. int.	Rapport intérimaire du Président et du secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes relatif à une proposition de révision partielle du droit des sociétés anonymes
Rem. prél.	Remarques préliminaires
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique des lois fédérales
SA	Société anonyme
SAG	Die schweizerische Aktiengesellschaft (La société anonyme suisse)
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Revue suisse de jurisprudence)
ss	suivante(s)
t.	tome
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Revue de droit suisse)

INTRODUCTION

La pratique nous enseigne qu'il n'est par rare de voir un actionnaire d'une société anonyme qui, pour une raison ou pour une autre, n'est pas en possession d'un titre attestant sa qualité. La notion de titre a des contours imprécis¹ du fait que notre droit civil² ne l'a fixée nulle part. Il n'est donc guère étonnant que le mot « titre » soit utilisé dans différentes acceptions, plus ou moins précises et différenciées.

Pour certaines personnes, un titre est obligatoirement un papier-valeur, alors que pour d'autres il s'agit d'un document quelconque attestant un droit matériel.

Comme d'importantes conséquences s'attachent à la qualification du titre dont l'actionnaire peut être démuní, il est indispensable de se pencher brièvement sur quelques aspects du droit des papiers-valeurs pour déterminer les conditions dans lesquelles un titre peut prétendre à cette qualité.

Une fois fixée la notion de papier-valeur, de même que les effets qui en découlent, nous nous proposons d'examiner les incidences de son absence dans le droit de la société anonyme.

On constatera alors que le droit des papiers-valeurs a fait pénétrer dans le droit de la société anonyme des notions qui lui étaient étrangères. On n'en a bien souvent pas tout à fait conscience. N'est-on pas allé jusqu'à préconiser la nullité d'une société anonyme dont les statuts excluraient l'émission d'un titre d'action?³ C'est donner au droit des papiers-valeurs une importance qu'il ne doit pas avoir dans le droit de la société anonyme, si l'on ne veut pas porter une atteinte inadmissible aux principes fondamentaux régissant celui-ci.

Cela nous amène au but de notre travail. Nous examinerons le fonctionnement de la société anonyme dans les situations où l'actionnaire est privé, d'une façon durable ou seulement passagère, du titre attestant sa qualité. Cette situation peut être imputable à la société, à l'actionnaire, ou à des tiers étrangers à la société.

N. B. Les ouvrages cités sont désignés par le seul nom de leur auteur, s'il n'y a pas risque de confusion. Lorsqu'il s'agit de commentaires, les articles et notes sont mentionnés de surcroît. Les articles ayant été publiés dans des Recueils, Mélanges ou Revues, sont cités par le nom de leur auteur et l'indication de la publication.

¹ Guldener, p. 350, définit le titre de la manière suivante: « Es sind bewegliche Sachen, die der Aufzeichnung eines Gedankens dienen (Schriftstücke, Pläne, von Projekten und dergleichen) oder Dinge der Aussenwelt wiedergeben (Photographien, Schallaufnahmen und dergleichen). »

² La seule définition que connaisse notre droit est celle que donne l'art. 110 chif. 5 du Code pénal.

³ Wieland K., p. 40.

CHAPITRE I

La notion de papier-valeur

I. DÉFINITION

En s'inspirant de la théorie du savant allemand Brunner ⁴, notre législateur a érigé en papiers-valeurs « les titres auxquels un droit est incorporé d'une manière telle qu'il soit impossible de le faire valoir ou de le transférer indépendamment du titre ⁵ ». La doctrine a reproché à cette définition légale d'être incompréhensible, vague et inutilisable comme telle ⁶. On estime qu'elle ne fournit pas de critères suffisamment précis pour distinguer un titre valant papier-valeur d'un autre qui ne peut prétendre à cette qualité.

Cette critique est fondée sur trois raisons. Tout d'abord, le législateur ne définit pas la notion de « titre ». Ensuite, il ne donne pas de précisions sur les droits qui peuvent faire l'objet d'un papier-valeur. Enfin, il ne précise pas non plus la notion de l'incorporation.

Il appartenait ainsi à la doctrine et à la jurisprudence d'apporter des précisions. Suivant l'opinion de Jäggi ⁷, généralement admise en droit suisse, la notion de titre peut être considérée sous un triple aspect.

Pris sous son aspect matériel, le titre se présente en premier lieu sous la forme d'une feuille de papier ou d'une autre matière pouvant contenir des signes écrits. C'est alors une chose mobilière, la plupart du temps sans valeur économique en elle-même. Considéré sous l'aspect de sa teneur, il contient nécessairement un certain nombre de signes écrits qui, pris en eux-mêmes, ont un sens déterminé. On peut aussi envisager la notion de titre sous l'angle de son contenu, par lequel il convient d'entendre le sens qu'il revêt *in concreto*. Dans la plupart des cas l'énoncé du titre ne renseigne que partiellement sur les droits qu'il atteste. Cela est particulièrement vrai pour tous les titres qui certifient l'existence d'un sociétariat. Ils ne peuvent mentionner tous les droits et obligations du sociétaire.

En deuxième lieu, le législateur n'a pas précisé les droits qui peuvent être incorporés dans un papier-valeur. Aussi a-t-on interprété son silence dans le sens que n'importe quel droit pouvait l'être, à la double condition toutefois qu'il présente une valeur économique et ne soit pas destiné à être exercé immédiatement, l'utilité de créer un papier-valeur n'existant alors plus. Comme il n'y a pas de droit sans obligation correspondante, tout papier-valeur doit

⁴ Cf. à ce sujet notamment Flattet, thèse, pp. 20 ss.

⁵ Art. 965 CO.

⁶ Parmi d'autres auteurs Jäggi, Commentaire ad art. 965 CO, note 174; Bruderer, p. 26; Flattet, thèse, pp. 96 ss.

⁷ Jäggi, Commentaire ad art. 965 CO, note 32 ss.

nécessairement comporter la reconnaissance d'un droit en faveur de son titulaire auquel correspond un engagement de celui qui l'émet.

Cela n'est toutefois pas suffisant pour créer un papier-valeur. C'est le lien entre le droit et le titre qui le distingue d'un document comportant la simple reconnaissance d'un droit, et c'est là le troisième élément que le législateur n'a pas précisé. Ce lien doit, d'après la volonté du législateur, se traduire par l'impossibilité, pour le titulaire du droit, de le faire valoir ou de le transférer sans le titre.

On peut imaginer un titre dont la présentation est obligatoire pour le créancier, alors qu'en revanche le débiteur conserve le droit d'exécuter sa prestation sans devoir exiger au préalable la remise du titre. On est alors en présence de ce que la doctrine appelle la simple clause de présentation. Cette clause signifie que le débiteur se réserve la faculté de refuser la prestation, aussi longtemps que le créancier ne lui présente pas le titre. Lorsque le créancier allègue sa perte, le débiteur peut le contraindre à lui délivrer une déclaration authentique, ou dûment légalisée, constatant l'annulation du titre avant d'exécuter sa prestation⁸. On s'accorde à admettre que la simple clause de présentation ne suffit pas à elle seule pour conférer la qualité de papier-valeur au titre.

On peut aussi imaginer que le débiteur, non seulement se réserve dans le titre le droit de refuser l'exécution de son obligation sans sa présentation, mais encore s'interdise de payer, si le titre ne lui est pas présenté. On est alors en présence de ce que la doctrine appelle une double clause de présentation. Le débiteur évite de cette manière le risque de devoir payer deux fois, alors que, de son côté, le créancier est protégé contre le risque que le débiteur paie valablement à un tiers. Ce genre de clause est indispensable pour qu'un titre puisse prétendre à la qualité de papier-valeur; elle n'est cependant pas suffisante à elle seule.

Pas plus que la simple clause de présentation, la simple clause de légitimation n'est en mesure de conférer au titre la qualité de papier-valeur. Par cette dernière clause, le débiteur indique qu'il est autorisé à considérer comme légitime titulaire du droit certifié dans le titre la personne pouvant établir sa légitimation formelle, c'est-à-dire celle à qui incombe la qualité de titulaire apparent du droit constaté par le titre. Dans ce cas, le débiteur ne renonce pas à exiger du détenteur d'autres preuves de sa qualité que la seule présentation du titre.

De son côté, le créancier ne peut exiger, sur seule présentation de son titre, la prestation du débiteur. Le titre de légitimation ne confère donc au créancier un avantage par rapport au titre de preuve simple que dans l'éventualité où le débiteur renonce à exiger d'autres moyens de preuve de son droit.

En revanche la situation sera différente si le débiteur se réserve non seulement le droit de payer sur simple présentation du titre, mais encore assume

⁸ Art. 90 CO.

l'obligation de le faire. Une telle clause de légitimation obligatoire pour le débiteur caractérise alors le titre au porteur, si la légitimation résulte de la simple détention du titre; le titre à ordre, si elle doit être établie par une chaîne ininterrompue d'endossements; le titre nominatif, si le créancier légitime est celui au nom de qui le titre a été établi. La condition nécessaire et suffisante de l'existence d'un papier-valeur est que du contenu du titre puisse être déduite une obligation pour le débiteur de considérer comme l'ayant droit toute personne légitimée par le titre ⁹.

Cela permet à Jäggi de constater ¹⁰ que tout papier-valeur contient deux déclarations du débiteur, à savoir une reconnaissance de dette, et un engagement en faveur du porteur légitime du titre de ne pas exécuter son obligation sans que le titre lui soit présenté. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, le titre ne peut prétendre à la qualité de papier-valeur et, partant, son titulaire ne peut jouir des avantages particuliers ¹¹ qui s'y attachent.

* * *

II. LES DIFFÉRENTES ESPÈCES DE PAPIERS-VALEURS

Rappelons brièvement ici que les droits de l'actionnaire peuvent être incorporés dans des papiers-valeurs de plusieurs espèces, dont les différences se manifestent au moment de leur transfert. La distinction du droit de la société anonyme entre action au porteur et action nominative ne se recouvre pas avec la distinction que le droit des papiers-valeurs établit entre titres au porteur et titres nominatifs.

Du point de vue du droit des papiers-valeurs, l'action au porteur est un titre au porteur ¹², dont le transfert s'opère par simple tradition. L'action nominative, elle, est un titre à ordre ¹³ dont le transfert s'opère par tradition du titre muni d'un endossement en faveur de l'acquéreur ¹⁴. Cela permet à la doctrine ¹⁵ de dire que la désignation d'action à ordre serait plus précise.

⁹ Patry, Précis de droit suisse des sociétés, p. 161.

¹⁰ Jäggi, Commentaire ad art. 965 CO, note 188.

¹¹ Cf. *infra*, pp. 20 ss.

¹² Art. 978 CO ss.

¹³ Art. 684 al. 2, art. 1145 CO ss.

¹⁴ L'action nominative peut circuler comme un titre au porteur lorsque, conformément à l'art. 1004 chif. 3 CO, le dernier endossement est en blanc; on ne peut considérer que la nature juridique du titre en soit altérée, puisque le détenteur du titre peut remplir cet endossement en tout temps, cf. Voegeli, p. 65.

¹⁵ Patry/Aubert, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, p. 9.

L'action nominative liée est, sous l'angle du droit des papiers-valeurs, également un titre à ordre ¹⁶.

Enfin, il est loisible à une société anonyme de choisir un autre genre de papier-valeur, à savoir le titre nominatif ¹⁷, dont le transfert a lieu moyennant remise du titre assorti d'un acte de cession en faveur de l'acquéreur. La société parvient à cette incorporation des droits de l'actionnaire dans un titre en insérant dans ses statuts une clause interdisant le transfert d'actions nominatives par voie d'endossement ¹⁸. Les titres devront alors porter la clause « non à ordre » ¹⁹. L'absence éventuelle de cette clause sur le titre n'altérera toutefois pas sa nature juridique en tant que titre nominatif.

* * *

III. LES EFFETS DU PAPIER-VALEUR

A. L'ASSIMILATION A UNE CHOSE MOBILIÈRE

L'article 895 CC assimile les papiers-valeurs aux choses mobilières en stipulant qu'ils peuvent faire l'objet d'un droit de rétention. L'incorporation du droit au titre assure ainsi à son détenteur une protection spéciale à laquelle le possesseur d'un simple titre de preuve, reconnaissant un droit matériel quelconque, avec ou sans clause de présentation ou de légitimation, ne peut prétendre. L'incorporation d'un droit dans un papier-valeur déploie un effet de droit réel. C'est là que réside son intérêt primordial.

Cette assimilation implique que les dispositions du Code civil sur la possession et en particulier sur les différents modes de transfert de celle-ci ²⁰ sont applicables aux papiers-valeurs.

Elle a en outre comme conséquence pour certains papiers-valeurs, que leur acquéreur de bonne foi est protégé dans son acquisition, alors même que le propriétaire du titre n'avait pas le droit d'en disposer ²¹. Lorsque des titres au

¹⁶ La question de savoir si l'action nominative liée est légalement un titre à ordre, ou un titre nominatif est longtemps restée controversée en doctrine. Dans son arrêt Froidevaux contre Banque Populaire Suisse, du 4 mars 1952, ATF 78 II pp. 265 ss, le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte. L'arrêt Häring contre Beglinger, du 11 juin 1957, ATF 83 II pp. 297 ss, JT 1958 I pp. 473 ss, a mis fin à la controverse en décidant que l'action nominative liée est un titre à ordre comme l'action nominative simple. La solution adoptée par le Tribunal fédéral a eu ses partisans et ses adversaires, cf. Forrer, p. 200 et les références de doctrine de cet auteur.

¹⁷ Art. 974 CO ss.

¹⁸ Jäggi, Commentaire ad art. 974 CO, note 27 et les références de doctrine.

¹⁹ Guhl/Merz/Kummer, p. 822; Glettig, p. 5.

²⁰ Art. 967 al. 1 CO, art. 922 ss CC; cf. Arrêt Masse en faillite de Fonds immobiliers SA (FISA) contre Ferszt et Banque romande SA, du 5 décembre 1967, ATF 93 II pp. 461 ss, SJ 1969 pp. 513 ss. notamment 517.

²¹ Art. 714 al. 2.

porteur sont acquis d'une personne à laquelle ils ont été confiés, telle une banque, l'acquéreur de bonne foi est protégé²². L'acquéreur d'un titre au porteur est de mauvaise foi dès qu'une faute légère, appréciée objectivement, lui est imputable²³. N'importe quel degré de négligence suffit²⁴. La bonne foi ne peut suppléer qu'à l'absence du droit de disposer du papier-valeur²⁵. Dans l'intérêt de la sécurité des transactions, cette protection de l'acquéreur de bonne foi est étendue au titre au porteur, dont le possesseur a été dessaisi contre sa volonté, ce qui inclut notamment le vol du titre²⁶.

En tant que papier-valeur, le titre à ordre est également assimilé à une chose mobilière dont le transfert par tradition ne suffit cependant pas. Il faut en plus un endossement d'où découle une plus grande protection de l'acquéreur endossataire. A condition d'être de bonne foi, celui-ci est protégé quand bien même il aurait reçu le titre d'une personne qui n'était pas habilitée à en disposer. Il est controversé en doctrine, si cette protection a son origine dans les droits réels, comme pour le titre au porteur²⁷, ou dans le droit des papiers-valeurs²⁸. Pour Stark²⁹, cela ne fait pas de différence, alors que pour Piotet³⁰ cette protection ne peut avoir son origine que dans le droit des papiers-valeurs, ce qui aboutit au résultat que, contrairement à l'acquéreur d'un titre au porteur, l'acquéreur d'un titre à ordre doit être protégé alors même qu'il a commis une faute légère³¹. Lorsque le titre à ordre incorpore une action nominative liée, il est évident que la bonne foi ne pourra couvrir l'ignorance d'une clause d'agrément, l'acquéreur du titre étant censé connaître les statuts de la société.

En revanche, bien que le titre nominatif soit aussi en tant que papier-valeur, assimilé à une chose mobilière, l'acquéreur de bonne foi n'est pas protégé³². La tradition du titre doit obligatoirement être assortie d'une déclaration de cession, ce qui exclut pareille protection³³.

²² Art. 933 CC.

²³ Piotet, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pp. 33 ss, notamment 37.

²⁴ Ribi, p. 192.

²⁵ Stark, Commentaire ad art. 933 CC, note 55.

²⁶ Art. 935 CC.

²⁷ Art. 933, 935 CC.

²⁸ Art. 1006 al. 2, art. 1152 al. 2 CO.

²⁹ Stark, Commentaire ad art. 933 CC, note 17.

³⁰ Piotet, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pp. 33 ss, notamment 40.

³¹ Cela peut être déduit *a contrario* de l'art. 1006 al. 2 CO.

³² Jäggi, Commentaire ad art. 967 CO, note 176, remarque que cette constatation ne correspond à la réalité que dans la mesure où il n'existe pas de protection de la bonne foi ayant son origine dans le droit des papiers-valeurs, mais que cette protection existe en vertu des règles générales de la cession. On pensera immédiatement aux art. 18 al. 2 CO et à l'art. 164 al. 2 CO qui admettent une protection de la bonne foi de l'acquéreur d'une créance ayant son origine dans une reconnaissance de dette fictive, ou d'une créance dont l'incessibilité n'a pas été stipulée dans la reconnaissance de dette ayant donné lieu à la cession.

³³ Stark, Commentaire ad art. 933 CC, note 18.

La protection de l'acquéreur de bonne foi d'un titre au porteur ou à ordre se traduit dans ce qu'on appelle la règle dite de l'opposabilité des exceptions³⁴. Elle a pour conséquence directe que toutes les fois qu'un droit de sociétaire est matérialisé par un titre valant papier-valeur, il ne peut être exclu que les droits qu'il constate soient en réalité exercés par une personne qui, matériellement, n'y a pas droit. C'est le problème du divorce entre la légitimation formelle et la légitimation matérielle auquel le professeur Carry a consacré une étude³⁵ dans le domaine des effets de change, dont les conclusions pourront s'appliquer *mutatis mutandis* à tous les titres à ordre, mais non aux titres au porteur, si l'on admet avec le Tribunal fédéral³⁶ que la présomption de légitimation qui s'attache à la possession du titre a un caractère absolu.

Cette jurisprudence ne saurait cependant s'appliquer lorsque le papier-valeur incorpore des droits d'actionnaire. La légitimation qu'il confie à son détenteur ne peut jamais avoir un caractère absolu eu égard à des dispositions impératives du droit de la SA³⁷.

B. LA NÉCESSITÉ D'UNE PROCÉDURE D'ANNULATION

1. Généralités

Nous venons de le voir, le débiteur a l'obligation de refuser le paiement si le titre ne lui est pas présenté. L'actionnaire qui entend réclamer le paiement de sa part de liquidation dans la société doit, pour l'obtenir, présenter le titre. Si la société paie cette part, bien que le titre ne soit pas présenté, elle n'est pas libérée. Lorsque le titre est éventuellement présenté plus tard par une banque à laquelle il a été confié, la société pourra être appelée à payer cette part une seconde fois.

Le titre perdu ou détruit, le droit qu'il constate ne pourrait ainsi plus être exercé, et disparaîtrait en quelque sorte avec le titre. Comme dans un Etat de droit, l'existence d'un droit ne peut dépendre de la disparition plus ou moins fortuite d'un document, il fallait prévoir une procédure permettant de séparer le droit du titre. C'est le but que le législateur s'est fixé en prévoyant une procédure d'annulation des papiers-valeurs³⁸.

Lorsque le titre n'a pas la qualité d'un papier-valeur, le droit qu'il constate peut être exercé, ou transféré sans lui. Dans ce cas, il n'y a donc pas nécessité

³⁴ Art. 979, art. 1146 CO.

³⁵ Carry, SJ 1955, pp. 337 ss.

³⁶ Arrêt Union de Banques Suisses contre Société rue de Lausanne 51 SA, du 27 mars 1958, ATF 84 II pp. 281 ss, JT 1959 I p. 159, SJ 1959 pp. 265 ss. Cet arrêt a été critiqué par Piotet en JT 1959 I pp. 457 ss. Voir pour l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral la cause Nosé et Gréco-Cotti, du 29 septembre 1931, ATF 57 III pp. 131 ss, JT 1932 II pp. 78 ss.

³⁷ Art. 691 al. 3, art. 695 CO, cf. Tribunal de commerce du canton de Zurich B1. ZR, 1965 pp. 242 ss.

³⁸ Cf. notamment Cudkowicz et Strohmeier.

de prévoir une procédure d'annulation, puisque la disparition du titre n'entraîne pas celle du droit.³⁹

Comme sa possession crée cependant également une présomption — réfragable, il est vrai — de la légitimité des droits de celui qui le détient, le législateur a néanmoins voulu protéger le débiteur. Le débiteur auquel un titre n'est pas présenté parce qu'il aurait été détruit ou perdu, peut, avant de payer, exiger du créancier une déclaration authentique ou dûment légalisée certifiant l'annulation du titre. En cas d'extinction du droit constaté par le titre, le débiteur a la faculté d'en exiger la restitution, voire l'annulation⁴⁰.

2. *La procédure judiciaire*

L'annulation d'un papier-valeur peut gravement compromettre les intérêts d'un tiers détenteur légitime du titre. Il a pu l'acquérir de bonne foi et doit alors être protégé dans cette acquisition, lorsqu'il s'agit d'un titre au porteur ou à ordre⁴¹. La procédure d'annulation doit donc être entourée de toutes les garanties souhaitables dans l'intérêt du justiciable. C'est la raison pour laquelle la loi prescrit qu'elle est du ressort du juge⁴². Seul l'ayant droit du papier-valeur peut entamer cette procédure. Le débiteur dont la dette est constatée dans le titre n'y est pas autorisé⁴³, alors même qu'il pourrait avoir dans certaines circonstances un intérêt à une telle annulation⁴⁴. De même n'a-t-il pas qualité pour défendre à l'action, à moins qu'il ne puisse lui-même faire valoir des droits sur le titre⁴⁵. En temps normal, la société anonyme ne peut donc s'adresser au juge pour obtenir l'annulation de titres d'actions qu'elle a émis⁴⁶.

La procédure d'annulation durera en tout cas plus de six mois lorsqu'il s'agit de titres au porteur⁴⁷ ou de titres nominatifs⁴⁸, et plus de trois mois dans le cas où la requête vise des titres à ordre⁴⁹.

³⁹ Art. 90 CO.

⁴⁰ Art. 88 al. 1 CO.

⁴¹ *Supra*, p. 21.

⁴² Art. 971 CO.

⁴³ Le droit suisse statue une exception pour la lettre de rente et la cédule hypothécaire dont le débiteur peut, aux termes de l'art. 871 CC, obtenir l'annulation, mais celle-ci suppose que le droit constaté par le titre est déjà éteint, Secrétan, SAG 1946/47 pp. 29 ss, notamment 36.

⁴⁴ Par exemple, lorsqu'un titre incorpore d'une manière défectueuse la qualité d'actionnaire, cf. par. 73 et 226 AktG du 6 septembre 1965 (Allemagne). Wolf, NZZ N° 2659, du 8 août 1960, a préconisé pour le droit suisse une réglementation s'inspirant du droit allemand.

⁴⁵ Arrêt Institut central des sociétés financières contre Union des usines et des exploitations forestières de Nasic SA, du 27 mars 1956, ATF 82 II pp. 224 ss, notamment 227, SJ 1957 pp. 56 ss, JT 1957 I pp. 126 ss; Arrêt Institut central des sociétés financières contre Union des usines et des exploitations forestières de Nasic SA, du 3 mars 1958, ATF 84 II pp. 174 ss, SJ 1959 pp. 237 ss, notamment 241, JT 1959 I pp. 190 ss..

⁴⁶ Dans la doctrine, Rütli a défendu l'opinion que le débiteur du titre devrait pouvoir intervenir comme partie dans la procédure d'annulation, cf. SAG 1950/51 pp. 189 ss.

⁴⁷ Art. 983 CO.

⁴⁸ Art. 977, 983 CO.

⁴⁹ Art. 1076, 1152 CO.

3. *La procédure exceptionnelle*

Durant la deuxième guerre mondiale, il est apparu qu'en période de troubles la procédure d'annulation judiciaire ne pouvait efficacement protéger l'ayant droit dépossédé de son titre par suite d'événements extraordinaires. Il s'est alors révélé nécessaire de la compléter par une procédure spéciale tenant compte des impératifs de circonstances exceptionnelles.

L'art. 16 de la Loi fédérale sur la préparation de la défense nationale économique, du 30 septembre 1955⁵⁰, a fourni la base légale à l'arrêté du Conseil fédéral concernant la protection des papiers-valeurs et des titres analogues par des mesures conservatoires, du 12 avril 1957⁵¹. En application de cet arrêté, trois procédures différentes peuvent être engagées pour la sauvegarde des intérêts des propriétaires de papiers-valeurs.

Le titre I de l'arrêté prévoit la possibilité de faire annuler sous certaines conditions tout acte de disposition concernant des papiers-valeurs. Le titre II fixe les modalités d'une procédure dite d'invalidation des titres, mesure préventive destinée à ôter au papier-valeur son caractère spécifique avant que des effets fâcheux n'en résultent pour le légitime titulaire des droits qu'il certifie. Le titre III de l'arrêté, enfin, prévoit une annulation simplifiée de papiers-valeurs, plaçant la décision dans la compétence de la société elle-même, sous contrôle judiciaire indirect⁵², il est vrai.

Adaptées à différentes situations spéciales, ces procédures accélérées offrent moins de garanties de régularité, mais visent toutes le même but que la procédure judiciaire ordinaire. En fonction d'événements extraordinaires, le droit doit pouvoir être rapidement séparé du titre, dans l'intérêt à la fois de la société et de ceux qui sont ses bailleurs de fonds.

⁵⁰ RS 531.01.

⁵¹ RS 531.55.

⁵² Art. 6 al. 5, art. 7 de l'arrêté, RS 531.55.

CHAPITRE II

Le papier-valeur dans le droit des sociétés

I. LE PAPIER-VALEUR EN GÉNÉRAL

A. HISTORIQUE

Le premier papier-valeur que l'histoire ait connu fut la lettre de change. Incorporant un droit de créance et ne nécessitant de ce fait pas d'abstractions difficiles à saisir, elle resta longtemps le seul papier-valeur dans le commerce. L'entrée du papier-valeur dans le droit des sociétés n'eut lieu que tardivement, bien après que les grandes compagnies coloniales du XVII^e siècle, précurseurs de la société anonyme moderne, eurent vu le jour. Celles-ci se contentaient d'établir un registre de leurs membres ⁵³.

A l'origine, l'action avait le caractère d'une simple quittance du montant libéré du capital social ⁵⁴. Le titre d'action remonte au livre dans lequel chaque actionnaire était inscrit avec le montant de ses parts. Cette inscription donnait lieu à une attestation qui, au début, n'avait que la valeur d'un moyen de preuve ⁵⁵. Les actions nominatives sont apparues les premières. Des actions au porteur apparaissent sporadiquement seulement au XVII^e siècle, mais restent l'exception encore durant tout le XVIII^e siècle ⁵⁶. Leur apparition suppose l'idée d'une incorporation de la participation de l'actionnaire dans le document qu'il reçoit et la prise de conscience qu'il est davantage qu'un simple moyen de preuve ⁵⁷.

De quittance de libération des parts que ce document était à l'origine, il a subi une évolution jusqu'au titre d'action incorporant les droits de l'actionnaire. Le titre d'action sous forme d'un papier-valeur appartient aujourd'hui au droit de la société anonyme, mais il ne figure pas parmi les éléments nécessaires à la définition de ce type de société ⁵⁸. Ni le législateur de 1881 ⁵⁹, ni celui de 1937 n'a estimé opportun d'élever cette incorporation des droits de l'actionnaire dans un papier-valeur au niveau d'un élément nécessaire à la définition de la société anonyme ⁶⁰.

⁵³ Sautaux, p. 5.

⁵⁴ Contat, p. 26; Wieland K., p. 37.

⁵⁵ Lehmann K., t. 1, pp. 64-65.

⁵⁶ Lehmann K., t. 1, p. 202.

⁵⁷ Naegele, p. 23.

⁵⁸ Lehmann K., t. 1, p. 173; Henseler, p. 16.

⁵⁹ Art. 612 CO ancien.

⁶⁰ Par contre l'incorporation des droits d'un porteur de parts dans un papier-valeur (certificat de parts) est un élément essentiel à la définition du fonds de placement, cf. *infra*, pp. 30-31.

B. LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Le papier-valeur n'a pas profondément pénétré dans les sociétés de personnes. Certes, ces dernières ont la possibilité, comme n'importe quel sujet de droit d'ailleurs, de créer des papiers-valeurs incorporant des créances et des droits réels. Pensons par exemple à une émission d'obligations, ou à la confection d'une cédule hypothécaire. Mais cette technique ne peut être choisie pour les droits du sociétaire, alors même que la loi ne l'interdit nulle part expressément. L'explication est simple. Pareil besoin ne s'est fait sentir en raison de la structure particulière de toutes les sociétés de personnes, où l'élément personnel, primordial, l'emporte sur l'élément pécuniaire, secondaire. Ces sociétés sont en effet constituées *intuitu personae* et non pas *intuitu pecuniae*. Un sociétaire qui ne désire plus faire partie d'une société de personnes bénéficiaire, sous certaines conditions, d'un droit de sortie de la société. Le sociétaire peut, à cette occasion, reprendre les fonds qu'il a investis, sans que cela compromette inévitablement la marche de la société.

La loi ne peut pas conférer à l'actionnaire un droit de même nature ⁶¹. En lui permettant de reprendre les fonds engagés dans la société, on diminuerait le capital de celle-ci, ce qui risque d'affecter la couverture des engagements pris à l'égard des créanciers sociaux ⁶².

Pour l'actionnaire, il fallait trouver un moyen de remplacer ce droit de sortie, si ce type de société devait être promis à un avenir. Ce remède est la technique du papier-valeur matérialisant les droits de l'actionnaire. Grâce à l'incorporation de ses droits dans un titre, l'actionnaire peut aisément mettre fin à son sociétariat en cédant le titre, ce qui, d'une manière générale, augmente la négociabilité de son investissement.

C. LA SOCIÉTÉ A RESPONSABILITÉ LIMITÉE

La réglementation légale de la société à responsabilité limitée contient une disposition lui interdisant d'émettre, en constatation des parts sociales, des titres ayant le caractère de papiers-valeurs ⁶³, ⁶⁴. Le législateur a ainsi limité

⁶¹ Dans l'arrêt *Masse SA Modina Watch contre Marti Schenk et Consorts*, du 16 octobre 1922, ATF 48 II pp. 395 ss, notamment 403, JT 1923 I pp. 66 ss, le Tribunal fédéral a fait allusion à un tel droit en déclarant qu'en l'absence d'incorporation des droits de l'actionnaire dans un papier-valeur, le transfert de la qualité d'actionnaire se ferait « conformément aux principes généraux suivant lesquels la qualité de membre est annulée et transférée à un autre sujet de droit dans les sociétés corporatives ». Avec raison, on a objecté que de telles règles n'existent pas.

⁶² Pour Mengiardi, *Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi*, pp. 265 ss, notamment 278-280, les statuts d'une société anonyme peuvent prévoir un droit de sortie de l'actionnaire.

⁶³ Art. 789 al. 3 CO. La précision du législateur que de tels titres ne constituent que des preuves est superflue, car s'ils ne peuvent prétendre à la qualité de papier-valeur, ils tombent obligatoirement dans cette catégorie de titres. Selon Jäggi, *Commentaire ad art. note 283*, la Sàrl peut émettre des titres nominatifs incorporant les droits sociaux des associés, même opinion von Steiger W., *Commentaire ad art. 789 CO*, note 16.

⁶⁴ La même interdiction existe en droit français, cf. à ce sujet Vischer-Rapp, p. 218.

dans ce domaine la liberté des associés, tout en s'abstenant de prescrire formellement l'émission de documents attestant le sociétariat. On sait que ce type de société n'a pas eu le développement que le législateur attendait en 1936. Des raisons diverses ont été avancées pour expliquer cette situation. Il résulte d'une enquête effectuée en 1970 par la « Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften » sur les raisons et la forme juridique des sociétés anonymes privées, que la forme de la Sàrl n'est guère choisie en raison des exigences sévères (forme authentique et publicité) en matière de transfert des parts sociales ⁶⁵.

Le Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, institué par le Département fédéral de justice et police en 1968, s'est également occupé du problème. Il a procédé à une enquête auprès des sociétés fiduciaires et des notaires. Parmi les douze causes invoquées pour expliquer le peu de succès de la Sàrl en Suisse, le rapport intérimaire mentionne le fait qu'il n'est pas possible de matérialiser les parts sociales d'une Sàrl dans des papiers-valeurs, cette situation rendant difficile le transfert et la mise en gage des parts ⁶⁶. Les milieux interrogés considèrent comme un avantage majeur de la société anonyme, par rapport à la Sàrl, la possibilité de diviser la valeur de l'entreprise et de l'incorporer dans des papiers-valeurs facilitant ainsi, dans les entreprises de famille, les règlements successoraux ⁶⁷.

Le résultat de ces enquêtes ne saurait mieux démontrer l'importance que revêtent la possibilité de matérialiser le sociétariat d'une société de capitaux dans un papier-valeur et l'absence de tout formalisme gênant lors du transfert des parts sociales ⁶⁸.

Le fait que les droits de l'associé dans une Sàrl ne puissent être incorporés dans un papier-valeur ne signifie évidemment pas pour autant qu'elle ne puisse émettre d'autres papiers-valeurs, incorporant un droit de créance, tels des coupons pour le paiement de dividendes. Ces coupons peuvent avoir la forme de titres à ordre ou au porteur ⁶⁹. La Sàrl peut procéder à l'émission d'un emprunt par obligations ou remettre à son créancier une cédule hypothécaire grevant un bien lui appartenant.

L'émission de bons de jouissance par une Sàrl ne soulève également, de par la nature du droit qu'il incorpore, aucun problème. La société pourra les émettre sous forme de papiers-valeurs, ou de simples titres de preuve ⁷⁰.

⁶⁵ SAG 1972 pp. 22 ss, notamment 26.

⁶⁶ Rap. int., p. 214. Nous sommes d'avis que la réglementation légale du transfert des parts sociales de l'art. 791 CO exclut déjà leur incorporation dans un papier-valeur, sans qu'il soit nécessaire de prononcer une interdiction formelle.

⁶⁷ Rap. int., p. 217.

⁶⁸ Les voix qui, lors de l'introduction de la Sàrl, se sont élevées contre ce formalisme jugé excessif, surtout en matière de transfert de parts entre associés, ont ainsi eu raison, cf. Contat, pp. 14-15.

⁶⁹ Von Steiger, Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, pp. 99 ss, notamment 115 et les références de doctrine de cet auteur; pareille possibilité ne semble pas exister en droit français, cf. Vischer-Rapp, p. 218.

⁷⁰ Lanz, SAG 1969 pp. 89 ss, notamment 94.

D. LA SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE

De l'avis de E. Huber, les parts sociales émises par une société coopérative devraient être soumises, sauf disposition contraire des statuts, au régime institué par la loi pour les actions nominatives ⁷¹. Elles devraient donc revêtir la forme d'un papier-valeur, plus précisément, d'un titre à ordre.

Cette proposition n'a pas été reprise dans le droit positif. La part sociale certifiant le sociétariat dans une société coopérative ne peut être qu'un titre de preuve ⁷², comme sous le régime de l'ancien Code des obligations ⁷³. Le droit de la société coopérative consacre le principe de l'entrée et de la sortie de l'associé qui se pratique par une adhésion au contrat de société et une dénonciation de celui-ci. Une autre solution n'est dès lors guère concevable. Cela est conforme à l'idée que le législateur s'est faite de ce type de société, dont des groupements de personnes visant des buts capitalistes devraient être éloignés dans la mesure du possible ⁷⁴. La pratique nous enseigne que cette tendance du législateur n'a pas eu des effets heureux ⁷⁵. Si le droit de la société coopérative ne peut admettre que les droits du sociétaire sont incorporés dans un papier-valeur, cette liberté est néanmoins intégralement maintenue pour l'incorporation de droits de créance dans des papiers-valeurs. La société coopérative peut émettre des coupons ⁷⁶, dont seule la présentation oblige la société à payer l'excédent d'actif afférent à la part sociale et qui constituent pour cette raison des papiers-valeurs.

Nous constatons que le législateur a réservé à la notion de papier-valeur dans le droit de la Sàrl et dans la société coopérative la même place. Il interdit expressément l'incorporation du sociétariat dans un papier-valeur, mais admet sans restriction que des droits de créance puissent être matérialisés dans ce genre de titre.

E. LE FONDS DE PLACEMENT

Il peut paraître étrange de mentionner ici également le fonds de placement, auquel le législateur suisse ne reconnaît pas la personnalité juridique. Toutefois les règles applicables aux droits des porteurs de parts, sur le plan qui nous occupe, justifient un tel examen.

⁷¹ Rapport sur la révision des titres 24 à 33 du Code des obligations, p. 153.

⁷² Art. 853 al. 3 CO. Pour l'historique de cette disposition et la critique de la solution actuelle, cf. Gutzwiller, Commentaire ad art. 853 CO, notes 16 à 19. Pour Jäggi, cet article n'exclut pas, comme l'art. 789 al. 3 CO pour la Sàrl, que la société coopérative puisse émettre des titres nominatifs matérialisant les droits des associés, cf. Commentaire ad art. 965 CO, note 284.

⁷³ Arrêt Schoch contre Marbacher, du 15 septembre 1927, ATF 53 II pp. 289 ss, notamment 294.

⁷⁴ Mengiardi, Rapport ZSR 1968, pp. 1 ss, notamment 124.

⁷⁵ Sur les principales raisons, cf. également Mengiardi, Rapport ZSR 1968, pp. 1 ss, notamment 21-22.

⁷⁶ Von Steiger, Etude de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, pp. 99 ss, notamment 115 et les références de doctrine de cet auteur.

La législation suisse sur les fonds de placement est de date récente ⁷⁷. La loi fédérale sur les fonds de placement du 1^{er} juillet 1966 est essentiellement inspirée par le souci de protéger l'investisseur qui ne participe pas, même indirectement, à la gestion des sommes confiées à la direction du fonds. L'art. 20 al. 2 stipule que les documents délivrés aux porteurs de parts doivent être des papiers-valeurs sans valeur nominale. Le législateur utilise le terme de « certificat » qui a ici un sens précis, celui de papier-valeur.

L'art. 8 de la loi définissant le contrat de placement collectif fait de cette incorporation des droits du porteur de parts dans un papier-valeur un élément essentiel de celui-ci. Comme la notion du contrat de placement collectif est à son tour un élément de la définition du fonds de placement contenue dans l'art. 2 de la loi, il faut en conclure qu'en droit suisse un fonds de placement ne peut émettre des certificats qui n'auraient que la valeur d'un moyen de preuve des droits du porteur. On est ainsi obligé de constater que l'incorporation des droits du porteur de parts dans un papier-valeur est un élément essentiel de la définition du fonds de placement.

La rigueur du législateur sur ce point s'explique par la considération que par son apport pécuniaire, le porteur de parts n'acquiert qu'une créance contre la direction du fonds. Le message du Conseil fédéral le précise: « Il s'agit d'un droit purement personnel au paiement de la valeur » de sa part, au rendement et à la fortune du fonds de placement ⁷⁸.

La position juridique du porteur de parts à l'égard de la direction du fonds est renforcée par l'émission d'un papier-valeur. Le porteur peut de ce fait exiger le remboursement de sa part sur seule présentation du papier-valeur, lorsque celui-ci est un titre au porteur, ou muni d'une suite ininterrompue d'endossements descendant jusqu'à lui, lorsqu'il s'agit d'un titre à ordre. La nécessité d'incorporer les droits du porteur dans un papier-valeur évite le risque d'abus dans le commerce des parts; il sera impossible de transférer les parts à deux personnes simultanément. Par ailleurs, l'acquéreur sera protégé dans sa bonne foi ⁷⁹. Il s'agira en effet généralement de titres au porteur, ou éventuellement à ordre, bien qu'une incorporation des droits du porteur de parts dans un titre nominatif ne puisse être exclue.

* * *

⁷⁷ ROLF 1967 pp. 125 ss.

⁷⁸ Message du Conseil fédéral, FF 1965 III pp. 264 ss, notamment 299.

⁷⁹ *Supra*, p. 21.

II. LE PAPIER-VALEUR DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME

A. L'ORIGINE DU DROIT POSITIF

Le Code fédéral des obligations de 1881 ne contenait aucune disposition obligeant la société anonyme à émettre des titres ayant la qualité de papiers-valeurs. Sans être ignoré, le problème n'était tout simplement pas d'actualité. La doctrine ancienne constatait que, tout en ne connaissant pas une société anonyme sans titre d'action, le droit suisse ne prescrivait pas non plus l'émission de tels titres ⁸⁰.

A l'époque, l'immense essor que la société anonyme allait prendre en Suisse n'était guère prévisible, les expériences faites avec cette institution étant de date relativement récente. Personne ne soupçonnait que ce type de société serait utilisé aux fins les plus diverses allant de la petite société aux mains d'une seule personne, jusqu'à la grande société multinationale avec ses besoins aussi variés que complexes.

Le premier projet de révision du Code des obligations de E. Huber consacrait un article au problème des droits d'actionnaire non matérialisés dans un titre; c'est l'art. 733 du projet de révision de 1920.

Art. 733

Lorsque des titres d'actions ou des certificats provisoires sont émis, ils sont soumis aux prescriptions relatives aux papiers-valeurs, pour autant que les dispositions qui suivent n'édicte pas des règles spéciales.

Avant l'émission de ces papiers-valeurs, les rapports entre le souscripteur et ses successeurs d'une part, et la société d'autre part, sont régis par les dispositions générales du droit des obligations, en particulier par celles qui régissent la cession de créances et la reprise de dettes.

Dans son rapport, E. Huber devait déclarer ⁸¹ que les titres d'action, ou certificats provisoires émis après l'inscription de la société au Registre du commerce, constituaient sans aucun doute des papiers-valeurs auxquels les règles générales du droit des obligations étaient applicables. L'art. 733 fut repris, légèrement modifié, dans le deuxième projet de révision Hoffmann, comme article 699.

Au sein de la Commission d'experts chargés d'examiner le projet de révision, on mentionna que cet article était juste, mais superflu parce que d'un intérêt purement doctrinal. Il fut biffé ⁸² sur proposition de Wieland.

Nous pensons que la suppression de cet article est regrettable, car il aurait permis de dissiper une partie des incertitudes entourant aujourd'hui les situa-

⁸⁰ Hahnloser, p. 12.

⁸¹ Rapport sur la révision des titres 24 à 33 du Code des obligations, p. 119.

⁸² Procès-verbal de la Commission d'experts, p. 284.

tions dans lesquelles les droits de l'actionnaire ne sont pas incorporés dans un papier-valeur. Ce qui, lors de l'élaboration d'une loi, paraît d'un intérêt purement doctrinal, peut se révéler par la suite source de divergences.

B. LE SILENCE DE LA LOI

Notre droit ne connaît donc pas de disposition légale expresse imposant à la société anonyme l'obligation de créer des titres ou des certificats ayant la qualité d'un papier-valeur⁸³.

Il est certain, cependant, que le législateur part de l'idée que de tels titres existent, et cela sous une forme bien déterminée, celle du papier-valeur. Dans sa terminologie, le législateur n'est pas toujours précis. Il emploie indifféremment⁸⁴ le mot « action », tantôt dans le sens d'une portion déterminée du capital social⁸⁵, tantôt pour désigner le sociétariat de l'actionnaire⁸⁶, tantôt enfin comme synonyme de titre d'action ayant la qualité d'un papier-valeur⁸⁷. Plusieurs dispositions légales n'auraient pas de sens sans la présomption de l'existence de titres d'action sous forme de papiers-valeurs.

En soumettant les actions à la procédure d'annulation judiciaire⁸⁸ et en exigeant que le transfert des actions nominatives se fasse par la remise du titre endossé⁸⁹, le législateur reconnaît implicitement au titre d'action la qualité d'un papier-valeur. Il part donc de l'hypothèse que de tels titres existent⁹⁰ et considère leur émission par la société anonyme comme étant le cas normal⁹¹. Mais le législateur ne dit rien quant à la nécessité de l'existence de tels titres.

Le droit allemand adopte une position semblable. La doctrine de ce pays estime qu'il résulte du contexte de la loi que des titres d'action sous forme d'un papier-valeur existent⁹², mais n'exclut pas l'éventualité que la société n'émette pas de titres. Les actions peuvent être au porteur ou nominatives⁹³, auquel cas

⁸³ Le droit suisse ne fixe une telle obligation que pour les parts du porteur dans un fonds de placement, cf. *supra*, p. 31.

⁸⁴ La doctrine donne en règle générale trois sens au mot action, voir parmi d'autres, Patry/Aubert, pp. 8-9; Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 39; Schucany, Commentaire ad Art. 620 CO, note 4; Von Stieger, Société anonyme, p. 17; Bruderer, p. 51; Mercier, p. 16; Sautaux, p. 1; pour Flattet, Mélanges François Guisan, pp. 143 ss, notamment 149, le terme action n'a que deux sens, il désigne la part d'une personne dans une société de capitaux et une chose corporelle, le titre émis pour constater cette part.

⁸⁵ Art. 620 al. 1, 622 al. 4, 624 al. 1, 627 chif. 5 CO, etc.

⁸⁶ Art. 627 chif. 9, 10 CO.

⁸⁷ Art. 622 al. 1 à 3, 5 CO, etc., selon Schucany, SJZ 1945, pp. 178 ss, le sens titre d'action ne doit qu'exceptionnellement revenir au mot action.

⁸⁸ Art. 981 CO, cf. *supra*, p. 22 ss.

⁸⁹ Art. 684 al. 2 CO, l'endossement est un mode de transfert propre au droit des papiers-valeurs.

⁹⁰ Von Steiger, Société anonyme, p. 149.

⁹¹ Schluep, p. 115.

⁹² Gadow-Heinichen, Commentaire ad par. 10 AktG, note 2; Baumbach-Hueck, ad par. 1 AktG, note 15 et par. 10 AktG, note 1; Würdinger, p. 46.

⁹³ Par. 10 AktG.

elles sont des titres à ordre. Elles sont obligatoirement au porteur, si les statuts sont muets ⁹⁴.

Le droit de la Principauté du Liechtenstein permet d'exclure, par une clause statutaire, l'émission de titres d'action ⁹⁵.

En Italie, les actions au porteur sont prohibées. En vertu d'un décret du 29 mars 1942, l'Assemblée générale des actionnaires peut décider de ne pas créer de titres ⁹⁶.

En France, deux formes d'actions sont admises, l'action nominative et l'action au porteur. La création d'actions à ordre est prohibée ⁹⁷. Les statuts de la société décident quelle espèce de titres sera émise. Ils ne peuvent écarter la forme nominative ⁹⁸, mais peuvent n'autoriser que celle-ci ⁹⁹. L'action au porteur incorpore la qualité d'actionnaire. Il n'en est pas de même de l'action nominative, dont la titularité ne peut ressortir que du registre des transferts. La délivrance d'un titre n'est pas indispensable, si l'actionnaire est inscrit sur le registre de la société ¹⁰⁰. Les statuts d'une société peuvent prévoir qu'il ne sera pas émis de titres ¹⁰¹.

Nous constatons finalement que la situation est la même en Suisse et dans les pays voisins. Nulle part une disposition légale n'oblige formellement une société anonyme à émettre des titres. Cette émission est cependant la règle qui comporte néanmoins d'importantes exceptions. Des sociétés anonymes peuvent exister, dont les actionnaires ne reçoivent jamais un titre matérialisant leurs droits.

C. L'INTERPRÉTATION DE LA LOI

En l'absence d'une disposition légale expresse, l'interprétation de la loi déterminera si une société anonyme peut ne pas émettre des titres sous forme de papiers-valeurs.

Dans la doctrine du début du siècle, Perrier ¹⁰² était d'avis que l'obligation d'émettre des titres découlait du système adopté par la loi pour les sociétés par actions. Contat ¹⁰³ tirait argument de l'exemple du sociétariat dans une société coopérative ou dans une association pour justifier cette situation.

⁹⁴ Par. 24 AktG.

⁹⁵ L'art. 267 al. 1 du Code civil liechtensteinois stipule ce qui suit: « Die Pflicht zur Ausstellung einer Aktienurkunde (Aktienbrief, Aktienschein, Aktientitel) besteht für die Gesellschaft nur wenn in den Statuten es nicht anders bestimmt ist. »

⁹⁶ Graziani, p. 178; Wouters-van Wynendale-Huybrechts, p. 364.

⁹⁷ Ripert, p. 651; Escara, t. 3, p. 4.

⁹⁸ Sur cette notion de titre nominatif en droit français, différent de celui qui est réglementé par les art. 974 ss CO; cf. Escara, p. 7.

⁹⁹ Wouters-van Wynendale-Huybrechts, p. 203.

¹⁰⁰ Hamel-Lagarde, p. 641.

¹⁰¹ Escara, p. 7.

¹⁰² Perrier, p. 22.

¹⁰³ Contat, p. 33.

Mercier ¹⁰⁴, pour sa part, estimait qu'il n'y avait aucune raison de vouloir, par des artifices, faire dire à la loi qu'elle contraignait les sociétés anonymes à émettre des titres d'action. C'était aussi l'avis de Winkler ¹⁰⁵.

La plupart des auteurs ne se soucient guère de la source des droits de l'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur. Schluep ¹⁰⁶ constate qu'aussi bien sous l'angle théorique que pratique ils sont admis. Von Steiger ¹⁰⁷ s'est néanmoins demandé, si de tels droits étaient conformes à l'esprit de la loi. Le fait que le Code des obligations ne contienne pas de disposition se rapportant aux droits de l'actionnaire qui ne se matérialisent pas dans un papier-valeur amène Bürgi à considérer qu'il y aurait ici une lacune dans la loi ¹⁰⁸.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral a admis, pour la première fois, dans son arrêt *Masse SA Modina Watch CO contre Marti Schenk et Consorts*, du 16 octobre 1922 ¹⁰⁹, que les droits de l'actionnaire pouvaient, d'une façon permanente, ne pas être incorporés dans un papier-valeur.

Cette solution est justifiée, nous semble-t-il. Il n'est pas inutile de rappeler ici que les associés de n'importe quelle société jouissent d'une certaine liberté, dite autonomie corporative ¹¹⁰, dans la fixation de la structure juridique de leur société. Une place plus ou moins grande lui est réservée selon que le législateur a voulu fixer plus ou moins strictement un type de société. Une modification de celui-ci est exclue dans la mesure où la loi a édicté pour un type de société des règles strictes, par la définition abstraite de sa forme juridique, et par des dispositions de nature impérative ¹¹¹. Parmi les personnes morales faisant l'objet d'une réglementation relativement stricte, on trouve la société coopérative, alors qu'à l'opposé de celle-ci, l'association est un exemple d'une faible structuration ¹¹². La société anonyme se rapproche de cette dernière catégorie.

Le problème de la distinction entre les dispositions légales ayant un caractère impératif et celles auxquelles le législateur n'a voulu accorder qu'un caractère dispositif se pose. Le droit de la société anonyme n'énumère nulle part les règles auxquelles l'autonomie corporative ne saurait déroger. Bien des problèmes d'interprétation auraient été évités si le législateur avait opté pour la solution de fixer ces règles impératives, méthode à laquelle il a notamment eu recours dans la loi fédérale sur les fonds de placement du 1^{er} juillet 1966 ¹¹³,

¹⁰⁴ Mercier, p. 29.

¹⁰⁵ Winkler, p. 2.

¹⁰⁶ Schluep, p. 113, son opinion est représentative pour la doctrine suisse.

¹⁰⁷ Von Steiger, SAG 1934/35 pp. 105 ss, notamment 106.

¹⁰⁸ Bürgi, Commentaire Rem. prél. ad art. 683-687 CO, note 19, même opinion Mengiardi, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, pp. 265 ss, notamment 272.

¹⁰⁹ ATF 48 II pp. 395 ss, notamment 402, JT 1923 I pp. 66 ss.

¹¹⁰ Patry, *Evolution et Perspectives*, pp. 417 ss, notamment 425.

¹¹¹ Jolidon, Rapport, ZSR 1968 pp. 427 ss, notamment 538.

¹¹² Mengiardi, Rapport, ZSR 1968 pp. 1 ss, notamment 124.

¹¹³ Art. 8 al. 4.

ou plus récemment encore dans la nouvelle réglementation du contrat de travail ¹¹⁴.

Nous constatons que nous sommes obligé de faire appel à des notions générales du droit. Les règles qui déterminent les sujets de droit, celles qui différencient les institutions, et enfin celles qui reposent sur des jugements de valeur à caractère absolu composent le droit impératif ¹¹⁵. Une disposition qui sanctionnerait l'absence d'un titre d'action matérialisant sous la forme d'un papier-valeur les droits de l'actionnaire pourrait seulement entrer dans la dernière nommée de ces catégories, mais la loi ne contient pas l'ordre précis d'émettre des titres sous forme de papiers-valeurs. La simple présomption de leur existence ne peut être assimilée à l'ordre de les créer.

La loi doit être envisagée comme une unité, et être interprétée dans le contexte de l'ordre légal tout entier ¹¹⁶. Il faut donc tenir compte de la place réservée au papier-valeur par le législateur dans d'autres types de sociétés. On constate alors que le législateur a prévu des solutions différenciées. Il a rendu obligatoire l'incorporation des droits des porteurs de parts dans cette entité contractuelle qu'est, en droit suisse, le fonds de placement ¹¹⁷. Ailleurs, il a fixé au contraire l'interdiction d'émettre des papiers-valeurs matérialisant les droits du sociétaire ¹¹⁸. Il avait chaque fois des motifs précis pour agir de la sorte.

La société anonyme est le seul type de société où aucun ordre précis n'a été formulé dans la loi, ni dans un sens ni dans un autre. Cela n'est la conséquence ni d'un oubli ni d'une inadvertance rédactionnelle du législateur. Cela n'est pas non plus dû au fait qu'il n'aurait pas été conscient du problème. Le législateur a tout simplement estimé superflu de faire figurer dans la loi une disposition stipulant que les droits de l'actionnaire seraient incorporés dans des papiers-valeurs et qu'avant l'émission de ceux-ci ces droits seraient soumis aux dispositions générales sur la cession de créances et la reprise de dettes ¹¹⁹.

En estimant superflu d'introduire dans le texte de loi une telle disposition, le législateur a implicitement reconnu l'idée que ces droits pourraient ne pas être incorporés dans un papier-valeur. Dans son exposé des motifs de l'avant-projet du Code civil, E. Huber disait ¹²⁰: « Lorsque le législateur entend conférer à une disposition une portée impérative absolue, il doit le dire. S'il ne le dit pas, la question sera résolue selon l'esprit de l'époque. » Or cet esprit admet incontestablement l'existence de droits de l'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur, et cela sans aucune restriction relative au temps ou à l'espèce d'actions.

¹¹⁴ Art. 361, 362 CO.

¹¹⁵ Herold, p. 73.

¹¹⁶ Meier-Hayoz, Commentaire ad art. 1 CC, note 183.

¹¹⁷ Art. 20 al. 2. Loi fédérale sur les fonds de placement du 1^{er} juillet 1966.

¹¹⁸ Art. 783 al. 3, 853 al. 1 CO.

¹¹⁹ *Supra*, p. 32.

¹²⁰ Huber, Exposé des motifs, p. 14.

D. LES EFFETS DE L'INTERPRÉTATION DE LA LOI

1. *La notion du titre d'action*

Le législateur n'a mis aucune entrave à la liberté de la société d'émettre des titres incorporant les droits des sociétaires ¹²¹. La société peut procéder à une émission de titres ayant la qualité de papiers-valeurs, sans toutefois y être obligée, hormis le cas où elle est tenue de le faire à la demande d'un actionnaire ¹²². L'initiative d'une telle émission ne doit pas nécessairement émaner de la société. Le législateur n'a prévu de sanctions ni civiles ni pénales contre une société qui ne procéderait pas à une telle émission. La raison en est que l'ordre public n'est pas en jeu dans un tel cas.

Est-ce à dire que la société doit choisir entre l'émission de papiers-valeurs et l'abstention de toute confection de titres ? En d'autres termes, le titre d'action ne peut-il être qu'un papier-valeur ?

Il ressort de nos développements relatifs à la notion de papier-valeur que cette qualité est réservée à une catégorie spéciale de titres, à savoir ceux qui contiennent une clause de légitimation obligatoire pour le débiteur ¹²³. Les autres titres n'ont que la qualité d'un moyen de preuve. Ils n'offrent pas les mêmes avantages que le papier-valeur, cela aussi bien sous l'angle de l'exercice du droit qu'ils constatent, que de son transfert à un autre titulaire, le droit pouvant être exercé ou transféré indépendamment du titre.

En interprétant la loi *a maiore minus*, on doit, en l'absence d'une interdiction expresse, admettre que la société peut en principe renoncer à émettre des titres d'action sous la forme de papiers-valeurs et les remplacer par toute espèce de titres de preuve ¹²⁴.

Cette constatation est conforme à l'esprit libéral qui a animé le législateur dans la réglementation de la société anonyme. Elle s'impose aussi par les solutions adoptées pour d'autres types de société, où l'espèce de titre pouvant être remis au sociétaire a été fixée par le législateur.

2. *La classification des titres d'action*

Une distinction peut être faite suivant la forme dans laquelle un titre a été dressé et le degré de connexité existant entre le droit et le titre.

¹²¹ Cette liberté s'étend aussi à une catégorie de titres n'incorporant pas la qualité d'actionnaire, les bons de jouissance; il est possible d'imaginer des droits de jouissance dans une société anonyme qui ne seraient pas incorporés dans un papier-valeur, cf. Ernst, p. 48.

¹²² *Infra*, pp. 75 ss.

¹²³ *Supra*, p. 19.

¹²⁴ Ribi, p. 250; Guhl/Merz/Kummer, p. 512; Schucany, Commentaire ad. art. 644 CO, note 1; Forrer, p. 222.

*a) Le critère formel**aa) Le titre sous seing privé*

Tout titre en la forme écrite simple doit être signé par les personnes auxquelles il impose des obligations ¹²⁵.

L'obligation de reconnaître l'existence de droits de l'actionnaire incombant par définition à la société, le titre doit porter la signature de l'organe habilité à la représenter. C'est pourquoi la loi prescrit que tout titre doit être signé par un administrateur au moins ¹²⁶. C'est là une exigence absolue qui doit être observée pour tout titre pouvant être remis à l'actionnaire, quelle que soit sa nature juridique. Cette mesure constitue en effet une reconnaissance de dette. Or, pour être valable, celle-ci exige la signature de l'obligé, le débiteur.

Exceptionnellement, est-il possible, comme pour un titre valant papier-valeur, de faire abstraction de l'exigence d'une signature manuscrite sur un tel titre ? La loi précise qu'une signature qui procède de l'utilisation d'un moyen mécanique peut être tenue pour suffisante dans les affaires où elle est admise par l'usage ¹²⁷. En dehors des cas où le titre est un papier-valeur, on ne saurait dire qu'un tel usage existe. Un titre d'action ne valant pas papier-valeur reste une exception. C'est pourquoi nous pensons que dans une telle situation, le titre devra en tout cas porter la signature manuscrite d'un administrateur. Cette exigence est raisonnable et ne comporte pas d'inconvénients, car de tels titres ne seront en règle générale pas émis en grand nombre. Il convient de ne pas oublier qu'au cas où les droits de l'actionnaire ne sont pas matérialisés dans un papier-valeur, aucune précaution ne doit être négligée pour renforcer, dans la mesure où cela est alors possible, la sécurité des transactions, encore que la qualité d'actionnaire puisse être transmise sans le titre.

bb) Le titre en la forme authentique

Au lieu de choisir pour le titre d'action la forme écrite simple, rien ne s'oppose à ce que ce document revête la forme authentique. En effet, les règles concernant la forme des contrats ¹²⁸ s'appliquent également aux autres matières du droit civil ¹²⁹. Il paraît donc possible que les statuts d'une société anonyme prévoient un formalisme conventionnel, exigeant que les titres qui seront à remettre aux actionnaires soient établis en la forme authentique.

L'intérêt de la création de tels titres réside dans le fait qu'ils font foi des faits qu'ils constatent aussi longtemps que l'inexactitude de ces derniers n'est pas prouvée ¹³⁰. Cette force probatoire supérieure revient aussi aux titres

¹²⁵ Art. 13 al. 1. CO

¹²⁶ Art. 622 al. 5 CO.

¹²⁷ Art. 14 al. 2 CO.

¹²⁸ Art. 11 à 16 CO.

¹²⁹ Art. 7 CC.

¹³⁰ Art. 9 CC.

authentiques qui ne sont pas impérativement prescrits par le droit privé fédéral, mais créés conventionnellement par les parties ¹³¹. Par rapport à un titre en la forme écrite simple, dont les effets sont déterminés par le droit cantonal, faute d'une disposition du droit privé fédéral, les titres dressés en la forme authentique renforcent la véracité des faits qu'ils constatent, en l'occurrence l'existence de droits de l'actionnaire. De tels titres sont malaisés à imiter, ce qui garantit leur provenance ¹³²; ils sont ainsi un moyen pour diminuer le risque d'une émission frauduleuse.

Quelle que soit sa nature juridique, le titre authentique facilite à l'actionnaire l'exercice de ses droits dans la société. La véracité du titre étant présumée ¹³³, la société doit faire la preuve de son inexactitude, si elle entend en contester la valeur probatoire. En revanche, ce genre de titre n'aura pas de portée particulière pour le transfert du droit qu'il atteste. Le cessionnaire des droits d'actionnaire ne peut pas davantage se fier à ce document qu'à un titre en la forme écrite simple pour apprécier la capacité du cédant à transférer valablement ses droits; le titre authentique ne jouit que d'une valeur probante renforcée, mais ne déploie pas d'effet de droit matériel ¹³⁴.

b) Le critère matériel

aa) Le papier-valeur

Le papier-valeur est le genre de titre usuel pour constater l'existence des droits de l'actionnaire. Il peut être délivré à l'actionnaire sous forme d'un titre individuel, certificat intérimaire ¹³⁵ ou certificat d'actions ¹³⁶ et attester des droits qui sont nés antérieurement à sa création. Un tel papier-valeur peut aussi certifier des droits qui ont cessé d'exister ¹³⁷. Le titre d'action peut revêtir l'une des différentes formes prévues par le droit des papiers-valeurs ¹³⁸. Les effets qui s'attachent à cette catégorie de titres ont déjà été exposés ¹³⁹.

bb) Le titre de preuve

A l'instar du papier-valeur incorporant les droits de l'actionnaire, le titre de preuve constate également des droits nés avant sa confection. Mais le titre de preuve n'influence pas obligatoirement l'exercice et le transfert des droits

¹³¹ Kummer, Commentaire ad art. 9 CC, note 13.

¹³² Flattet, thèse, p. 31.

¹³³ Art. 9 CC.

¹³⁴ Kummer, Commentaire ad art. 9 CC, note 18.

¹³⁵ *Infra*, pp. 47 ss.

¹³⁶ *Infra*, pp. 48 ss.

¹³⁷ Notamment après une opération de réduction du capital social (art. 732-735 CO) ou lorsque l'actionnaire est déchu des droits résultant de sa souscription (art. 681-682 CO).

¹³⁸ *Supra*, pp. 19 ss.

¹³⁹ *Supra*, pp. 20 ss.

de l'actionnaire. Il met à la disposition de ce dernier un instrument qui lui permettra, le cas échéant, de satisfaire à l'exigence de l'art. 8 CC. Le titre et les droits qu'il constate restent distincts l'un de l'autre.

Le titre de preuve des droits de l'actionnaire peut revêtir toutes les formes de ce genre de titre. Il peut s'agir de titres de preuve simples ou de titres comportant une clause de présentation, ou encore de légitimation. Tous ces titres se révèlent en effet inférieurs aux papiers-valeurs, sous l'angle de la connexité du droit avec le titre ¹⁴⁰.

Ils ont ceci de commun qu'ils ne sont pas soumis à l'exigence d'une annulation judiciaire, une procédure simplifiée la remplaçant ¹⁴¹. Leur perte ne crée pas d'obstacles majeurs ni à l'exercice du droit qu'ils constatent, ni à son transfert à un autre titulaire. L'actionnaire a la faculté de recourir à d'autres modes de preuve de ses droits, telle son inscription au registre des actions, une convocation pour une assemblée générale, une liste de présence dressée à celle-ci, voire un témoignage d'un autre actionnaire ou d'un tiers.

La forme que revêt le titre de preuve reste sans incidence sur les modalités de transfert de la qualité d'actionnaire ¹⁴², mais le cessionnaire peut exiger la remise du titre ¹⁴³. En outre, cette forme peut avoir une influence sur les modalités de l'exercice des droits de l'actionnaire dans la société ¹⁴⁴.

Quelques exemples illustrent ce que peut être en pratique un titre de preuve simple de la qualité d'actionnaire.

1. Le titre de preuve simple

X. SA Genève

Capital-action de Fr. 100 000.—

M. Z. est actionnaire de la société pour un montant de Fr. 10 000.—

Genève, le 15 décembre 1976

Au nom du conseil d'administration
Y.

Ce genre de titre établit l'existence, à une certaine date, de droits d'actionnaire et renseigne sur la personne de l'ayant droit. Sa fonction s'arrête là. La société ne peut faire dépendre de la présentation du titre l'exercice des droits de l'actionnaire. La présentation du titre est facultative aussi bien pour la société que pour l'actionnaire.

¹⁴⁰ *Supra*, pp. 17 ss.

¹⁴¹ Art. 90 al. 1 CO.

¹⁴² *Infra*, pp. 142 ss.

¹⁴³ Art. 170 al. 2 CO.

¹⁴⁴ *Infra*, pp. 107 ss.

2. *Le titre dit de présentation*

X. SA Genève

Capital-action de Fr. 100 000.—

M. Z. est actionnaire de la société pour un montant de Fr. 10 000.—

La présentation de ce titre est indispensable pour l'exercice des droits découlant de la qualité d'actionnaire.

Genève, le 15 décembre 1976

Au nom du conseil d'administration
Y.

En insérant une clause de présentation dans le titre, la société se réserve le droit d'exiger la présentation du titre préalablement à tout exercice des droits découlant de la qualité d'actionnaire, mais n'assume pas d'obligation à cet égard. Cela ne signifie donc pas qu'une fois le titre présenté, l'actionnaire doit être admis à l'exercice de ses droits. Par l'insertion d'une clause de présentation, le titre devient le moyen de légitimation ordinaire de l'actionnaire, mais non le moyen nécessaire¹⁴⁵. Pour exercer les droits d'actionnaire le titulaire du titre assume l'obligation de le présenter, mais la société a la faculté de l'en dispenser.

3. *Le titre dit de légitimation*

X. SA Genève

Capital-action de Fr. 100 000.—

M. Z. est actionnaire de la société pour un montant de Fr. 10 000.—

X. SA est autorisée à considérer le porteur du présent titre comme son actionnaire pour le montant sus-indiqué, mais se réserve le droit d'exiger, le cas échéant, d'autres preuves de sa qualité d'actionnaire.

Genève, le 15 décembre 1976

Au nom du conseil d'administration
Y.

A la différence de la clause de présentation, la société se réserve, par l'insertion d'une clause de légitimation dans le titre, le droit de considérer comme le légitime ayant droit toute personne qui lui présente le titre, sans avoir à exa-

¹⁴⁵ Jäggi, Commentaire ad art. 966 CO, note 68.

miner son droit matériel et sans que cette façon d'agir puisse lui être imputée à faute. Toutefois, elle n'assume aucune obligation à ce sujet, ce titre n'ayant pas la qualité d'un papier-valeur. Il présente de grands dangers lorsqu'il fait l'objet d'un vol ou d'une perte, car le voleur, en détenant le titre, peut se faire passer pour le titulaire régulier des droits qu'il atteste. L'actionnaire doit alors compter sur l'éventualité que la société exécutera de bonne foi une prestation avec effet libératoire pour elle, si le voleur lui présente le titre.

Nous pouvons résumer ce chapitre en constatant qu'une société anonyme peut remettre à ses actionnaires, en lieu et place d'un papier-valeur, toute espèce de titre de preuve. Lorsqu'un membre de la société ne dispose que d'un titre de preuve de sa qualité, nous ne sommes pas à proprement parler en présence d'actionnaires sans titre, mais en présence d'actionnaires sans papier-valeur. Nous réservons la notion de l'actionnaire sans titre à celui qui, pour une raison ou une autre, ne dispose pas d'un papier-valeur pour chacune des actions dont il est titulaire incorporant définitivement sa qualité d'actionnaire.

E. L'INSCRIPTION AU REGISTRE DES ACTIONS

N'oublions pas que la preuve de la qualité d'actionnaire peut aussi être administrée par un document en mains de la SA. Il s'agit du registre des actions ¹⁴⁶, auquel la société peut se référer vis-à-vis de la personne qui prétend à la qualité d'actionnaire.

Ce moyen de preuve n'existe évidemment que dans l'éventualité où la société a prévu l'émission d'actions nominatives ¹⁴⁷. Si l'existence d'un registre des actions est souhaitable chaque fois où une SA n'entend pas émettre des titres, il ne reste pas moins que *de lege lata* une telle obligation de la société ne saurait être admise.

Les sociétés dont les statuts prévoient l'émission d'actions nominatives et qui ne tiennent pas de registre des actions ne sont pas rares. La preuve de la qualité d'actionnaire par un titre quelconque revêt ici toute son importance, alors même que les actions sont nominatives. Il peut également arriver, cela est aussi plus fréquent en pratique qu'on ne le pense, que le registre des actions ne soit pas toujours régulièrement tenu. Le titre dont l'actionnaire peut disposer pour établir sa qualité retrouve alors également toute sa signification.

¹⁴⁶ Art. 685 CO.

¹⁴⁷ Cf. *infra*, pp. 161 ss.

CHAPITRE III

L'actionnaire sans titre dans la pratique

I. LES DIFFÉRENTES SITUATIONS

On peut imaginer des situations diverses dans lesquelles l'actionnaire est dépourvu d'un titre dans le sens que nous venons de définir ¹⁴⁸. Elles peuvent être le fait de la société ou de la personne de l'actionnaire. La première hypothèse est celle où, pour une certaine catégorie d'actionnaires, il n'a pas été émis de titres. La seconde sera celle où la société a confectionné et remis un titre à l'actionnaire, mais où, pour diverses raisons, parfois imputables à des tiers, celui-ci ne peut pas s'en servir.

Alors que dans la première hypothèse toutes les situations que nous aurons à examiner seront le fait de la société, dans la seconde, seule l'émission de titres d'action nuls lui sera imputable. La constatation a son importance pour l'exercice du droit de l'actionnaire à un titre ¹⁴⁹.

La distinction entre l'émission et la non-émission de titres est importante du fait que la première signifie que la qualité d'actionnaire est incorporée dans un titre. Dès lors, cette qualité sera liée au sort du titre et traitée comme une chose mobilière, avec toutes les conséquences que cela implique ¹⁵⁰.

Si nous avons pensé pouvoir nous dispenser d'un examen séparé de ces deux hypothèses, c'est en raison du fait que le mot « titre » ne s'applique pas, dans notre étude, à n'importe quel papier-valeur, mais seulement au titre unitaire définitif remis à l'actionnaire par sa société.

Il était plus indiqué, dans ces conditions, de distinguer d'une part entre la situation où un titre, tel que nous venons de le définir, n'a jamais été créé et émis, et d'autre part celle où, tout en ayant reçu un titre, l'actionnaire ne peut l'utiliser. Ce sera le cas du titre nul, du titre dont l'actionnaire ne peut disposer, ou encore du titre perdu ou volé, et annulé.

A. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *La quittance de libération*

Après l'inscription de la société sur le Registre du commerce, l'actionnaire sera, pendant un temps plus ou moins long, privé de tout titre, le temps en tout cas pour la société de le confectionner. Il ne disposera ni d'un titre de preuve de sa qualité d'actionnaire, ni d'un titre valant papier-valeur bien que, par exemple, son droit social le plus important, le droit de vote, ait pris nais-

¹⁴⁸ *Supra*, p. 42.

¹⁴⁹ *Infra*, pp. 81-82 ss.

¹⁵⁰ *Supra*, pp. 20 ss.

sance dès que le versement fixé par le ou les statuts a été opéré ¹⁵¹, c'est-à-dire avant l'inscription de la société sur le Registre du commerce.

Lorsque la constitution d'une société anonyme s'opère par voie de fondation successive, les futurs actionnaires sont appelés à signer un bulletin de souscription d'actions ¹⁵². La signature de celui-ci est une déclaration de volonté unilatérale adressée aux fondateurs exprimant la volonté de devenir membre de la société en formation. En apposant sa signature sur le bulletin de souscription, son auteur s'engage, sous réserve de son acceptation, à libérer autant d'actions qu'il a souscrites.

Avant la convocation de l'assemblée générale constitutive, les fondateurs doivent s'assurer que le capital social est entièrement souscrit. Pour permettre cet examen, les personnes désireuses de devenir actionnaires leur adresseront un bulletin de souscription. Le fait d'avoir reçu celui-ci n'est générateur d'aucun engagement de la part des fondateurs.

A la date de l'assemblée constitutive au plus tard, les actions devront être libérées, au moins partiellement ¹⁵³. Jusqu'à la date de la convocation de celle-ci, les fondateurs sont libres d'accepter tel souscripteur d'actions et de refuser tel autre. Le bulletin de souscription ne peut donc à lui seul établir la qualité d'actionnaire dans une société créée par fondation successive; on ne peut en effet exclure l'éventualité que le souscripteur d'actions n'a pas été agréé par les fondateurs en raison d'un trop grand nombre de souscriptions reçues. Il en résulte que ce document ne peut constituer qu'un début de preuve de la qualité d'actionnaire.

Dans le cas de la fondation simultanée, chaque souscripteur d'actions ayant régulièrement libéré ses actions est assuré de participer à la société. La preuve de sa qualité d'actionnaire résultera nécessairement de l'acte constitutif, qui doit mentionner le nom de tous les fondateurs de la société. Chaque fondateur peut se faire délivrer une copie de cet acte, qu'il a dû signer avec l'officier chargé de l'instrumenter.

Pour ce qui est de la quittance de libération, le futur actionnaire sera en possession d'une telle pièce lors de l'assemblée constitutive des souscripteurs ¹⁵⁴ au plus tard, ou le jour de la signature de l'acte constitutif d'une société anonyme ¹⁵⁵. Ce document n'atteste pas par lui-même sa qualité d'actionnaire, puisqu'il constate simplement qu'il a exécuté partiellement ou intégralement son obligation ¹⁵⁶ de libérer les actions souscrites.

Malgré son apport de fonds, l'actionnaire ne peut réclamer un titre avant que la société ne soit inscrite sur le Registre du commerce. La loi interdit

¹⁵¹ Art. 694 CO.

¹⁵² Art. 632 CO.

¹⁵³ Art. 633 al. 1 CO.

¹⁵⁴ Art. 634 CO.

¹⁵⁵ Art. 638 CO.

¹⁵⁶ Art. 88 al. 1 CO.

l'émission de papiers-valeurs avant cette inscription, et cela quelle que soit leur espèce ¹⁵⁷. A ce stade, le souscripteur ne peut pas non plus réclamer un titre de preuve de sa qualité d'actionnaire, mais bien en revanche une attestation d'adjudication d'actions ¹⁵⁸, en plus de la quittance de libération à laquelle il a droit du fait de l'exécution intégrale ou partielle de son obligation découlant de la signature d'un bulletin de souscription ¹⁵⁹.

Un titre de preuve de la qualité d'actionnaire constituerait d'ailleurs un faux, attendu que la société n'existe que sous la condition suspensive de son inscription sur le Registre du commerce. Il convient d'éviter de faire croire à l'existence d'une société qui est encore en voie de constitution.

Mutatis mutandis, ces principes s'appliquent également aux nouvelles actions résultant d'une augmentation du capital social de la société.

2. Le certificat intérimaire

Même après l'inscription de la société au Registre du commerce, l'actionnaire ne peut pas toujours exiger qu'on lui délivre des papiers-valeurs matérialisant définitivement ses droits. Pensons à la situation où de tels titres ne peuvent être émis faute de libération complète des actions, si celles-ci sont au porteur ¹⁶⁰. Les droits de l'actionnaire peuvent néanmoins être attestés dans un document, le certificat intérimaire, dont la loi précise qu'il est obligatoirement nominatif ¹⁶¹.

La nature juridique de ce genre de certificat est controversée. Certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'un simple titre de preuve des droits de l'actionnaire ¹⁶² en invoquant à cet effet principalement le mode de transmission de tels certificats ¹⁶³, alors que d'autres pensent au contraire que c'est un papier-valeur ¹⁶⁴. Etant donné son mode de transmission, il ne peut dans ce cas s'agir que d'un titre nominatif ¹⁶⁵.

Dans la pratique, une société qui émet de tels certificats promet de ne remplir ses obligations qu'à l'égard de quiconque lui présente ce titre et apporte la preuve de son identité avec celui au nom de qui le certificat est créé. De ce fait, le titre se caractérise par une clause de légitimation obligatoire

¹⁵⁷ Art. 644 CO.

¹⁵⁸ Siegwart, Commentaire ad art. 644 CO, note 1.

¹⁵⁹ Art. 88 CO.

¹⁶⁰ Art. 683 al. 1 CO.

¹⁶¹ Art. 688 al. 2 CO.

¹⁶² Capitaine, SAG 1946/47 pp. 15 ss, notamment 20; von Steiger, Société anonyme, p. 179; Forrer, p. 189.

¹⁶³ Art. 688 al. 2 CO.

¹⁶⁴ Jäggi, Commentaire ad art. 965, note 280; Bürgi, Commentaire ad Art. 688 CO, note 23; Boemle, thèse, p. 103-104; Patry/Aubert, p. 49.

¹⁶⁵ Art. 967 al. 2, 974 CO.

pour le débiteur, en l'occurrence la société, et doit donc, conformément à notre définition, être considéré comme un papier-valeur ¹⁶⁶.

Contrairement au Tribunal fédéral qui a exprimé des doutes à ce sujet ¹⁶⁷, nous pensons donc que le certificat intérimaire nominatif établi pour une action au porteur non intégralement libérée a qualité de papier-valeur. Il n'est en effet pas admissible de lui dénier cette qualité en ne se fondant que sur son mode de transmission ¹⁶⁸ qui est, rappelons-le, également celui du titre nominatif ¹⁶⁹ reconnu par le législateur comme un papier-valeur. Aussi admet-on généralement aujourd'hui que le certificat intérimaire est un papier-valeur.

Il ne s'agit donc pas ici d'une situation où l'actionnaire est à proprement parler sans titre. Ayant en mains un certificat intérimaire, il possède un titre qui, bien que provisoire, n'en est pas moins un papier-valeur incorporant les mêmes droits que le titre définitif, tout comme le certificat intérimaire qui est délivré pour une action nominative non intégralement libérée. Le législateur en a prévu la confection ¹⁷⁰ tout à fait inutilement ¹⁷¹ puisque les actions nominatives peuvent être émises avant qu'elles ne soient intégralement libérées ¹⁷².

3. *Le certificat d'actions*

a) *La notion*

La division du capital social en un certain nombre de fractions formant ensemble ledit capital ne signifie pas nécessairement — si des titres sont établis — que la société a créé un nombre de titres égal auxdites portions du capital. Plusieurs fractions du capital social peuvent être réunies en un seul titre appelé aussi certificat. Leur émission a été sanctionnée par le législateur ¹⁷³. Chaque portion du capital social ne reçoit ainsi pas pour elle-même une forme corporelle, mais existe seulement idéalement ¹⁷⁴. Pour cette raison, nous estimons devoir assimiler ce cas à celui de l'actionnaire sans titre.

Des raisons pratiques militent en faveur de la création de certificats d'actions. L'impression de quelques certificats est moins onéreuse que celle de nombreux titres unitaires, et leur conservation est plus aisée. On peut considérer aujourd-

¹⁶⁶ *Supra*, p. 19.

¹⁶⁷ Arrêt Rusconi et Domenigoni, du 1^{er} février 1949, ATF 75 III pp. 6 ss, JT 1949 II pp. 78 ss, notamment 81, SJ 1949, pp. 314 ss.

¹⁶⁸ Art. 688 al. 2 CO.

¹⁶⁹ Art. 967 al. 2 CO.

¹⁷⁰ Art. 688 al. 3 CO.

¹⁷¹ Lorsqu'ils existent — fait inusité — ils revêtent en règle générale la forme de titres à ordre, éventuellement de titres nominatifs comme les titres définitifs, cf. Boemle, SAG 1959/60 pp. 81 ss, notamment 84.

¹⁷² Art. 687 al. 4 CO.

¹⁷³ Procès-verbal de la Commission d'experts, p. 175.

¹⁷⁴ Aellig, SAG 1949/50 p. 18.

d'hui que si des titres sont créés sous forme de papiers-valeurs dans les petites sociétés, c'est la plupart du temps sous forme de certificats d'actions. Ce mode de faire permet d'éviter les inconvénients liés à l'absence d'incorporation des droits de l'actionnaire dans un papier-valeur, tout en réduisant les frais au strict minimum.

Du fait de l'existence de certificats, le nombre de transferts possibles d'actions se trouve automatiquement limité, puisque par définition plusieurs actions sont incorporées dans le même papier-valeur. En pratique, cela facilitera donc le contrôle de l'application de la clause d'agrément, dans l'hypothèse où l'actionnaire n'a pas la possibilité de demander, préalablement au transfert, une division du certificat ¹⁷⁵.

Il arrive parfois qu'une banque ou un autre organisme émette des certificats représentatifs d'actions de sociétés étrangères. Cela s'est pratiqué en Suisse principalement dans le commerce d'actions nominatives de sociétés anglaises, américaines et italiennes ¹⁷⁶. De tels certificats n'incorporent évidemment pas la qualité d'actionnaire de la société étrangère, de sorte que leur acquisition ne confère pas la qualité de sociétaire. Ils n'obligent pas les sociétés concernées, mais seulement l'organisme émetteur. Pour exercer ses droits, l'acquéreur doit obligatoirement passer par l'organisme émetteur du certificat d'actions avec lequel il est, suivant l'une ou l'autre des opinions défendues dans la doctrine, lié par un rapport de fiducie ¹⁷⁷, ou de mandat ¹⁷⁸.

Le droit suisse ne définit pas la notion de certificat ¹⁷⁹, mais en admet l'existence ¹⁸⁰. Sa nature juridique peut ainsi varier ¹⁸¹, comme celle du titre d'action ¹⁸². Suivant les circonstances, le certificat ne constitue qu'un moyen de preuve relatif à plusieurs portions du capital social dans une société, ou il est au contraire, comme les titres particuliers qu'il réunit en un titre global, un papier-valeur incorporant autant de droits d'actionnaire qu'indiqués sur le certificat.

b) Les espèces

Du point de vue de l'actionnaire, la distinction entre certificats divisibles et indivisibles est importante.

La première espèce confère à l'actionnaire la possibilité d'exiger de la société, moyennant restitution du certificat, la délivrance d'autant de titres

¹⁷⁵ Il en sera ainsi lorsqu'il s'agit d'un certificat indivisible.

¹⁷⁶ Amrein, SJZ 1965 pp. 165 ss; Patry/Aubert, pp. 56 ss.

¹⁷⁷ Amrein, SJZ 1965 pp. 165 ss, notamment 168.

¹⁷⁸ Patry/Aubert, p. 60.

¹⁷⁹ Boemle, thèse, p. 62.

¹⁸⁰ Art. 688 CO.

¹⁸¹ Carl Rahm AG contre Rahm, du 5 février 1960, ATF 86 II pp. 95 ss, JT 1960 I pp. 366 ss, notamment 368.

¹⁸² *Supra*, pp. 37 ss.

individuels ou unitaires que le certificat mentionne d'actions. Un tel certificat laisse donc intact le droit de l'actionnaire de transférer séparément chacune de ses actions. De ce fait, il n'est pas nécessaire que l'émission de ces certificats repose sur une base statutaire¹⁸³. Il s'agit d'un simple acte de gestion qui est de la compétence du conseil d'administration¹⁸⁴.

La situation est différente lorsque la société se propose d'émettre des certificats indivisibles. Une clause statutaire expresse est alors nécessaire¹⁸⁵, car cette catégorie de certificats peut en effet porter atteinte au droit de l'actionnaire de vendre une partie seulement de ses actions, et de les vendre à plusieurs acheteurs¹⁸⁶.

Lorsqu'un tel certificat a la qualité de papier-valeur, il est possible de faire respecter cette indivisibilité en refusant l'échange du certificat contre des titres individuels. L'actionnaire n'a alors pas la possibilité de ne transférer qu'une partie de sa participation dans la société, parce que le transfert de ses droits n'est possible que moyennant remise du certificat.

Admet-on au contraire que le certificat n'est qu'un moyen de preuve, une vente partielle des droits de l'actionnaire n'est plus à exclure, leur transfert n'étant pas soumis à la condition de la remise du certificat¹⁸⁷. La faculté de faire respecter par les membres de la société l'indivisibilité du certificat dépend donc exclusivement de sa nature juridique. Ainsi il est primordial de déterminer si un certificat d'actions peut prétendre à la qualité de papier-valeur ou non.

Dans la pratique, le certificat indivisible est très répandu auprès des sociétés immobilières composées d'actionnaires-locataires, répandues surtout avant la réintroduction dans le Code civil, le 1^{er} janvier 1965, de la propriété par étage¹⁸⁸. Chaque appartement est alors représenté par un certificat correspondant à un certain nombre d'actions, pour lesquelles la société ne reconnaît qu'un seul propriétaire, le certificat étant déclaré indivisible par les statuts.

Cette espèce de certificat est aussi utilisée en vue de créer des rapports de force particuliers pour l'exercice du droit de vote.

C'est enfin également un moyen de restreindre le nombre d'actionnaires dans une société, celui-ci correspondant nécessairement au nombre de certificats émis.

¹⁸³ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 42.

¹⁸⁴ Boemle, thèse, p. 69.

¹⁸⁵ Boemle, thèse, p. 73-74; Forrer, p. 192, met, pour sa part, en doute la validité de telles clauses.

¹⁸⁶ Chaque actionnaire a la possibilité de bloquer l'émission de tels certificats durant la vie sociale, car elle a incontestablement pour effet pratique de réunir plusieurs fractions du capital en une unité supérieure, opération prohibée sans le consentement de l'actionnaire en vertu de l'art. 623 al. 2 CO.

¹⁸⁷ *Infra*, p. 158, p. 169.

¹⁸⁸ Art. 712a ss CC.

B. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre nul*

a) Généralités

L'actionnaire peut recevoir un titre qui est impropre à l'usage auquel la société l'a destiné. Il ne matérialise pas la qualité d'actionnaire, ou a cessé de le faire.

De ce fait, l'actionnaire ne jouit pas des prérogatives spéciales qui s'y attachent et ne peut notamment pas se mettre au bénéfice de la règle de l'opposabilité des exceptions lorsque la société a émis un titre au porteur¹⁸⁹ ou à ordre¹⁹⁰. C'est le problème du titre nul.

Il convient de distinguer l'hypothèse où un titre est entaché de nullité formelle, en d'autres termes où celui-ci est inexistant parce qu'une mention jugée essentielle fait défaut, et l'hypothèse d'une nullité matérielle du titre, c'est-à-dire où le titre est nul en vertu d'une disposition du Code des obligations.

b) La nullité formelle

La loi se borne à indiquer quelques cas de titres d'action nuls, mais elle ne définit pas la teneur qu'un titre d'action doit avoir pour pouvoir prétendre à la qualité de papier-valeur¹⁹¹. Ce n'est pas une constatation propre au titre d'action mais à tout papier-valeur¹⁹², quels que soient les droits qu'il matérialise.

Le législateur fait une exception à cette règle générale pour la lettre de change et le chèque pour lesquels il indique d'une façon précise les énonciations qu'ils doivent contenir sous peine de nullité¹⁹³. Le législateur n'ayant rien fait de semblable pour le titre d'action, il apparaît judicieux de recourir, autant que possible, à une solution s'inspirant des exigences posées pour ces papiers-valeurs-là.

Un principe s'impose d'emblée, le nombre des mentions essentielles doit, dans l'intérêt de la sécurité des transactions, être limité au strict minimum.

Cela étant, nous pensons que, sous peine d'être déclaré nul en tant que papier-valeur, le titre doit porter la dénomination d'« action »¹⁹⁴, celle-ci éveillant automatiquement l'idée d'un papier-valeur dans le langage courant.

¹⁸⁹ Art. 979 CO.

¹⁹⁰ Art. 1146 CO

¹⁹¹ Pour F. von Steiger (SAG 1937/38, p. 105-106), le titre d'action doit comporter les mentions suivantes: a) raison sociale et siège de la société; b) montant du capital social; c) valeur nominale de l'action et montant libéré; d) espèce de l'action (action nominative ou au porteur, action ordinaire ou de priorité); e) d'éventuelles dispositions statutaires limitant la transmissibilité des actions; f) numéro et série des actions.

¹⁹² *Supra*, pp. 17 ss.

¹⁹³ Art. 991, 992, 1100, 1101 CO.

¹⁹⁴ Jäggi, Commentaire ad art. 965 CO, note 279.

En deuxième lieu, le titre doit mentionner la raison sociale et le siège de la société émettrice. L'indication de l'obligé, de même que celle de son domicile, paraît en effet indispensable. Le titulaire des droits qu'atteste le titre doit savoir à qui s'adresser pour exercer ses droits, et dans quelle localité.

En troisième lieu, nous pensons que le montant sur lequel porte l'engagement de la société doit être indiqué sur le titre. Toutefois, il doit suffire qu'il puisse être déterminé par les éléments intrinsèques du titre, ce qui ne rend pas indispensable, dans tous les cas, l'indication d'une valeur nominale, aucune disposition légale n'interdisant de créer des titres valant papier-valeur sans indication de cette mention¹⁹⁵. Lorsque le titre indique le capital social¹⁹⁶, nous pensons qu'il peut se borner à indiquer la quote-part qu'il représente de celui-ci. En revanche, s'il n'en est pas ainsi, sa valeur nominale doit être mentionnée.

La qualité d'actionnaire pouvant être incorporée dans des papiers-valeurs de différentes espèces, il est indispensable que celle-ci ressorte d'une manière ou d'une autre des énonciations figurant sur le titre, car elle déterminera son mode de transmission.

Par contre, il n'est pas nécessaire que le titre mentionne, sous peine de nullité comme pour la lettre de change¹⁹⁷, la date et encore moins le lieu de création du titre dès l'instant où le sociétariat qu'il incorpore est imprescriptible¹⁹⁸.

Enfin, la dernière mention qui doit figurer sur le titre est la signature d'un administrateur au moins¹⁹⁹. Lorsqu'il s'agit de signer des papiers-valeurs émis en nombre considérable, une signature manuscrite n'est pas nécessaire, elle peut alors procéder d'un moyen mécanique²⁰⁰. L'exigence d'une signature du titre devient importante, lorsque la société refuse, pour une raison ou une autre, de le confectionner. Elle exclut pratiquement la possibilité que des titres puissent, dans cette hypothèse, être créés par un tiers, fût-ce sur ordre judiciaire²⁰¹.

La nullité du titre est lourde de conséquences, elle ne doit être admise qu'avec circonspection²⁰².

¹⁹⁵ Gisling, p. 189; Bär, Rapport, ZSR 1966, pp. 321 ss, notamment 447. L'émission de papiers-valeurs sans valeur nominale est prescrite par l'art. 20 al. 2 de la LF sur le Fonds de placement.

¹⁹⁶ Contrairement à Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 45, nous estimons que l'indication du capital social n'est pas une mention essentielle du titre, car elle est inapte à individualiser la société émettrice, ni ne fournit pour elle-même une indication quant au montant de l'engagement de la société se rapportant au titre.

¹⁹⁷ Art. 991 chif. 7 CO.

¹⁹⁸ *Infra*, p. 67.

¹⁹⁹ Art. 622 al. 5 CO.

²⁰⁰ Art. 14 al. 2 CO.

²⁰¹ Cf. *infra*, pp. 91 ss.

²⁰² Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 82.

L'indication inexacte de la valeur nominale sur le titre à la suite d'une division d'actions ne porte pas atteinte à sa qualité de papier-valeur²⁰³. Il en est de même d'une indication inexacte du montant libéré sur le titre²⁰⁴, le degré de libération résultant de l'inscription de la société sur le Registre du commerce²⁰⁵, que tout le monde est censé connaître²⁰⁶.

Dans de tels cas, la validité du titre doit être admise. On doit cependant reconnaître que de tels titres peuvent induire le public en erreur, encore qu'il ne faille pas oublier que l'indication de la valeur nominale sur le titre ne signifie souvent pas grand-chose pour son acquéreur, notamment elle ne renseigne pas sur sa valeur intrinsèque.

Des problèmes peuvent aussi naître lorsque les titres d'action sont signés par une personne qui n'est pas administrateur, ou dont les pouvoirs sont éteints, voire dans les cas où les statuts prévoient que les titres d'action doivent être signés par plusieurs personnes, alors qu'ils ne portent la signature que d'une seule.

La signature d'un titre par une personne qui n'a pas été radiée du Registre du commerce ne porte pas préjudice au droit d'un tiers de bonne foi qui a ignoré l'extinction des pouvoirs du signataire²⁰⁷. On ne saurait lui opposer la nullité du titre. La question est plus délicate à trancher dans les autres hypothèses. L'exigence de la signature du titre doit à la fois protéger la société émettrice et la sécurité des transactions des titres d'action²⁰⁸. Lors donc que des titres sont émis par la société, nonobstant la connaissance du vice, ce sont des titres valables, leurs ayants droit pouvant exiger qu'ils soient complétés par la signature de l'obligé, sous peine pour celui-ci de se voir réclamer le paiement de dommages-intérêts en cas d'omission²⁰⁹.

Lorsqu'en revanche, la mise en circulation des titres a été effectuée à l'insu de la société, on doit conclure à leur nullité. Des cas limites peuvent alors se présenter.

Pour Lewin, une émission de titres au porteur au lieu de titres à ordre pour y incorporer des actions nominatives est nulle du fait que les premiers ne permettent pas d'observer les exigences statutaires pour le transfert des actions, à savoir la tradition du titre et l'endossement²¹⁰. En revanche, l'émission de titres à ordre au lieu de titres au porteur n'affectera pas, selon cet auteur, la qualité de papier-valeur du titre, eu égard au fait qu'elle permettra

²⁰³ Bär, Rapport ZSR 1966 pp. 321 ss, notamment 447; Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 84; Bl. ZR 1949 pp. 224 ss, notamment 226.

²⁰⁴ Bürgi, Commentaire ad art. 688 CO, note 19.

²⁰⁵ Art. 641 chif. 4 CO.

²⁰⁶ Art. 933 al. 1 CO.

²⁰⁷ Art. 933 al. 2 CO.

²⁰⁸ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 48.

²⁰⁹ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 49.

²¹⁰ Lewin, p. 69.

de respecter l'exigence statutaire de la simple tradition du titre tout en créant évidemment une complication supplémentaire, l'endossement ²¹¹. Siegwart traite les deux cas de la même façon et considère que de tels titres ne sont pas entachés de nullité ²¹².

Dès l'instant où le titre mentionne une espèce d'actions, on ne peut plus, à notre avis, invoquer la nullité du titre. Nous nous rallierons ainsi à l'opinion de Siegwart, car nous estimons qu'il n'y a pas de raison de conclure différemment face à l'émission de titres au porteur au lieu de titres à ordre, et inversement.

Mentionnons encore qu'un titre régulièrement émis, et ayant fidèlement reflété à une certaine date la situation telle qu'elle résultait des statuts de la société, ne peut jamais devenir défectueux au point de ne plus incorporer la qualité d'actionnaire, par suite d'une modification des statuts qui n'aurait pas été suivie d'un estampillage, ou d'un échange du titre ²¹³.

c) La nullité matérielle

Des titres d'action émis avant l'inscription de la société sur le Registre du commerce ²¹⁴, ou avant l'inscription d'une augmentation du capital social ²¹⁵, sont entachés de nullité matérielle. Toutefois, la doctrine admet, il est vrai à l'encontre du texte légal, que des titres émis dans de telles circonstances peuvent valablement incorporer la qualité d'actionnaire si, après l'inscription sur le Registre du commerce, la société ne prend pas de disposition pour les remplacer ²¹⁶. On peut se rallier à cette solution, inspirée de l'intérêt général d'assurer autant que possible la sécurité des transactions de titres d'action.

La nullité matérielle du titre peut aussi être la conséquence du fait que la qualité d'actionnaire a disparu. Il en sera ainsi en cas de réduction du capital social ²¹⁷, ou lorsque l'actionnaire a été déclaré déchu de ses droits ²¹⁸. Dans ces cas, le titre est devenu irrémédiablement nul. Il en est également ainsi, lorsque le titre a fait l'objet d'une procédure d'invalidation ²¹⁹.

²¹¹ Lewin, p. 70.

²¹² Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 55.

²¹³ Le droit suisse ne connaît aucun moyen de contrainte directe pour obliger un actionnaire à adapter ou échanger son titre en raison d'une modification statutaire, cf. *supra*, p. 23. La société pourra refuser à l'actionnaire l'exercice de ses droits, mais elle ne pourra empêcher que celui-ci ne les transfère valablement moyennant cession de l'ancien titre, cf. à ce sujet Steiner, SAG 1938/39 pp. 100 ss.

²¹⁴ Art. 644 al. 1 CO.

²¹⁵ Art. 653 al. 2 CO.

²¹⁶ Siegwart, Commentaire ad art. 644 CO, note 4; cf. aussi Lewin, p. 39 et Jäggi, Commentaire ad art. 979 CO, note 77.

²¹⁷ Art. 742 CO ss.

²¹⁸ Art. 681, 682 CO.

²¹⁹ Cf. *supra*, p. 219.

Mais il se peut aussi que la qualité d'actionnaire n'ait jamais existé. Tel sera le cas des actions au nom d'une personne imaginaire n'ayant aucun rapport avec une personne déterminée ²²⁰.

Le titre émis peut également être entaché de nullité malgré l'existence de la qualité d'actionnaire. On pensera ici en premier lieu aux actions au porteur et certificats intérimaires au porteur non intégralement libérés ²²¹. De tels titres sont nuls sans qu'il soit possible d'y remédier par une libération intégrale de l'action ²²².

On peut en outre songer à la situation où la société a déjà émis des titres censés incorporer la qualité d'actionnaire. Une seconde émission de titres est-elle nulle du seul fait qu'un premier jeu d'actions existe ? C'est poser le problème des actions en surnombre. Nécessairement certains titres incorporent la qualité d'actionnaire à l'exclusion des autres. Le critère de la détention légitime doit alors, avec Secrétan ²²³, être pris en considération, celui de l'antériorité pouvant conduire à une solution inéquitable. Le critère de la détention légitime permettra de distinguer les titres nuls des titres valables, encore que cette distinction soit souvent malaisée à opérer.

Nous pouvons résumer nos développements par la constatation que le titre nul est une notion imprécise et difficile à saisir. Elle laisse la porte ouverte à des interprétations diverses qui devront cependant s'inspirer du souci de ne pas conclure à la nullité d'un titre sans raison véritablement impérieuse.

2. *Le titre non disponible*

Il peut arriver que l'actionnaire ne puisse disposer de son titre parce qu'il est déposé auprès d'un tiers, telle une banque, ou qu'il lui fait défaut pour une autre raison ; il l'a, par exemple, égaré.

On peut aussi penser à la situation où l'actionnaire a mis le titre en gage, ou que des titres ont été déposés au siège de la société comme actions d'administrateur ²²⁴.

Enfin, l'actionnaire n'a peut-être pas retiré auprès de la société le titre confectionné en bonne et due forme. Cela n'empêchera pas l'incorporation de la qualité d'actionnaire dans un papier-valeur, car le fait de cette incorporation ne saurait dépendre du pouvoir qu'exerce l'actionnaire sur le titre.

L'actionnaire n'a ainsi pas recouvré la maîtrise de son titre, ou a perdu celle-ci, passagèrement ou définitivement. Dans toutes ces situations, le sociétariat de l'actionnaire est attaché à un titre d'action. Nous verrons que les

²²⁰ Lewin, p. 68.

²²¹ Art. 683 al. 2, 688 al. 1 CO.

²²² Cf. Bürgi, Commentaire ad art. 683 CO, note 12 ne semble pas, a priori, exclure une telle éventualité, lorsque la sécurité des transactions n'en est pas affectée.

²²³ Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pp. 65 ss.

²²⁴ Art. 710 CO.

effets qui en résultent pour l'actionnaire diffèrent alors suivant l'espèce de papier-valeur dans lequel ont été incorporés ses droits. La différence se manifestera aussi bien sous l'angle de l'exercice ²²⁵ des droits de l'actionnaire que de la possibilité de les transférer ²²⁶.

3. Le titre perdu ou volé, et annulé

Aux termes de la procédure ordinaire d'annulation judiciaire ²²⁷ ou de l'application, en temps de guerre, d'une procédure exceptionnelle ²²⁸ qui toutes deux ont pour résultat de séparer les droits de l'actionnaire du titre délivré par la société, l'actionnaire se trouve dans la même situation qu'avant l'incorporation de ses droits dans un titre valant papier-valeur.

Dorénavant, ces droits peuvent à nouveau être exercés et transférés sans le titre, à moins que l'actionnaire ne désire en obtenir à nouveau l'incorporation dans un papier-valeur ²²⁹.

Toutefois, un titre de remplacement ne pourra pas être délivré chaque fois que sa perte ²³⁰ ou son vol aura été constaté judiciairement. Il se peut en effet que l'émission d'un titre de remplacement n'ait pas de sens. Il en est notamment ainsi pour les titres d'une société radiée du Registre de commerce ²³¹. Pour obtenir le paiement de la part de liquidation, l'annulation préalable du titre est nécessaire, si l'actionnaire n'est pas en mesure de le présenter à celui qui est chargé de la payer.

Enfin, l'émission d'un titre de remplacement peut avoir un sens et néanmoins être impossible. C'est le cas d'un actionnaire qui a établi que son titre a été détruit, mais qui ne peut indiquer de quel titre il s'agit ²³². Il pourra exercer et transférer ses droits sans le titre. En revanche, il ne lui sera pas possible d'exiger de la société un nouveau papier-valeur matérialisant ses droits, comme peut le faire l'actionnaire dont le titre a été annulé.

Rien n'empêchera cependant la société de lui délivrer un titre de preuve de sa qualité d'actionnaire. Elle en aura même l'obligation, dès l'instant où la qualité d'actionnaire de l'ayant droit a été établie et que celui-ci lui demande un tel titre de remplacement, parce qu'il y trouve son intérêt.

²²⁵ *Infra*, cf. notamment pp. 112-113, 118-119, 125 et 130 ss.

²²⁶ *Infra*, pp. 160, 170.

²²⁷ *Supra*, pp. 23 ss.

²²⁸ *Supra*, pp. 24 ss.

²²⁹ Art. 972 al. 1 CO.

²³⁰ Celle-ci comprend aussi bien la destruction du titre par suite d'événements exceptionnels que la simple perte de la possession de celui-ci, cf. Jäggi, Commentaire ad art. 971, 972 CO, notes 38-39.

²³¹ Von Steiger, SAG 1962/63 pp. 358 ss.

²³² Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

II. LES DIFFÉRENTES CAUSES D'UNE NON-ÉMISSION DE TITRES

Plusieurs raisons peuvent amener une société anonyme à ne pas émettre de titres d'action ayant qualité de papier-valeur, alors qu'elle pourrait le faire. Certaines de ces raisons sont fortuites, d'autres en revanche découlent d'objets bien précis.

A. LES RAISONS MINEURES

Parmi celles-ci, on mentionnera le souci de diminuer les frais de constitution d'une société par l'économie des frais d'impression des titres, encore qu'il convienne de ne pas oublier qu'un titre d'action valant papier-valeur peut revêtir la forme d'un document manuscrit, ou dactylographié. Le procédé est cependant peu usuel en pratique, du fait qu'il facilite les falsifications du titre. Plutôt que de courir ce risque, on s'abstiendra donc d'émettre des titres ayant qualité de papiers-valeurs.

Dans un autre ordre d'idées, on peut songer à éviter, par la non-émission, les inconvénients d'une procédure d'annulation judiciaire des titres. Cette procédure est longue et nécessite l'engagement de frais dont le montant peut ne pas être en rapport avec l'intérêt réellement en jeu. La nécessité de recourir à cette procédure peut néanmoins se faire sentir. Si une décision est à prendre, qui exige l'unanimité des actionnaires, la procédure doit être engagée pour la perte d'un seul titre d'action, alors même que tous les actionnaires seraient connus. Aussi longtemps qu'un titre d'action perdu n'aura pas été annulé, une décision unanime de l'assemblée générale ne pourra être prise, car en émettant un titre valant papier-valeur, la société s'est engagée à ne reconnaître comme actionnaire que la personne qui lui présente le titre, à tout le moins s'il s'agit d'actions au porteur. La société ne peut donc, en pareil cas, se contenter d'une déclaration non contestée d'une personne affirmant qu'elle est actionnaire.

En temps normal, la société anonyme n'a pas la possibilité de recourir à une procédure d'annulation²³³, alors qu'elle pourrait y avoir un intérêt dans certaines circonstances. Pensons aux actions qui depuis de nombreuses années n'ont plus été représentées aux assemblées générales et dont les titulaires sont inconnus²³⁴. Des décisions exigeant une majorité qualifiée des actionnaires ne peuvent éventuellement plus être prises du fait du manque d'intérêt témoigné par un grand nombre d'actionnaires à l'égard de la vie de la société.

²³³ *Supra*, pp. 23 ss.

²³⁴ Cf. Secrétan, SAG 1946/47 pp. 29 ss; Wolf, SAG 1965 pp. 33 ss.

Lorsque l'actionnaire est protégé par l'anonymat que lui confère le titre au porteur, des recherches sont souvent vaines, et il est quasiment impossible de le retrouver. En revanche, si les titres ne sont pas émis, l'actionnaire sera connu; il ne pourra certes pas être obligé d'exercer ses droits dans la société, mais une intervention amiable pourra être tentée. Une offre de reprise avantageuse pour les titres qu'il détient sera souvent, dans la pratique, de nature à apporter une solution.

Avec Boemle ²³⁵, nous constatons que l'existence d'actionnaires sans titres est souvent imputable à la négligence de l'administration. On ne crée pas de titres parce que leur création apparaît au début de la vie d'une société comme étant d'un intérêt secondaire. L'actionnaire unique d'une société oublie de créer les titres. Assimilant sa personne à celle de la société avec laquelle il forme certes une entité économique, mais pas juridique, il estime que leur confection n'est pas nécessaire.

Lorsque la non-émission du titre d'action sous forme d'un papier-valeur n'est alors constatée dans aucun procès-verbal — ce qui est la plupart du temps le cas — elle pourra être source de difficultés après plusieurs années de vie sociale.

Le conseil d'administration a pu changer de sorte que personne ne se rappellera si des titres ont été créés ou non. Procède-t-on alors à l'émission de titres sous forme de papiers-valeurs, parce que les titres sont introuvables mais existent néanmoins, la responsabilité du conseil d'administration qui a procédé à l'émission du second jeu de titres, sans se soucier du sort du premier, peut être engagée. N'oublions pas qu'une simple négligence de sa part suffirait pour engager sa responsabilité ²³⁶. En cas de doute, le conseil d'administration devrait intervenir auprès des actionnaires pour les inciter à engager une procédure d'annulation avant de procéder à l'émission d'actions, plusieurs années après la constitution d'une société.

B. LES RAISONS MAJEURES

1. *La restriction de la négociabilité des actions*

La société anonyme étant utilisée en droit suisse à des fins variées ²³⁷ en raison de sa réglementation extrêmement souple, il n'est guère surprenant que, dans certaines sociétés, on n'attache aucune importance à la négociabilité des droits des sociétaires. Les titres ne sont pas émis, faute d'intérêt de la part des actionnaires à la négociabilité des actions. Bien plus, une certaine stabilité est parfois souhaitée, dans l'intérêt de la société et des actionnaires eux-mêmes.

Si ce but de stabilité des membres de la société n'est pas aussi efficacement atteint que par le truchement de syndicats d'actionnaires liés entre eux par

²³⁵ Boemle, thèse, p. 61.

²³⁶ Art. 754 CO.

²³⁷ Il y avait en Suisse, à fin 1976, 96 723 sociétés anonymes et sociétés en commandite par actions, le nombre de ces dernières étant insignifiant, contre seulement 2721 sociétés à responsabilité limitées, FOSC n° 15, du 19 janvier 1977.

des conventions de vote et de blocage des actions, il n'en reste pas moins que la non-émission de titres sous forme de papiers-valeurs constitue un important frein à la négociabilité de l'investissement de l'actionnaire ²³⁸. Il est applicable à l'ensemble des actionnaires et pas seulement à ceux qui ont entendu, de manière purement contractuelle et donc non opposable à des tiers, limiter la négociabilité de leurs actions.

En renonçant au titre d'action sous forme de papier-valeur, on refait en sens inverse le chemin que le législateur a parcouru lorsqu'il a introduit cette institution dans le droit de la société anonyme.

Le commerce de titres à la Bourse est exclu, celui-ci ne pouvant avoir pour objet que le commerce de papiers-valeurs. Le commerce hors bourse par l'intermédiaire des banques, agents de change et autres sociétés spécialisées est également sérieusement compromis, alors même que des titres de preuve de la qualité d'actionnaire ont peut-être été émis, en raison de l'insécurité attachée à de tels titres.

2. *La connaissance de l'actionnaire*

La non-incorporation des droits de l'actionnaire dans un papier-valeur a pour conséquence pratique et directe de supprimer l'anonymat, puisque celui-ci est un attribut du titre au porteur, ou même du titre à ordre, lorsqu'il circule muni d'un endossement en blanc ²³⁹. Dans cette dernière hypothèse, l'anonymat n'existe cependant que si l'actionnaire ne s'est pas fait inscrire au registre des actions. Il en résulte que l'activité d'hommes de paille, sans être exclue, devient néanmoins plus difficile. Le transfert, dit en légitimation, visant à exercer à une occasion déterminée les droits découlant de la qualité d'actionnaire, devient sinon impossible, du moins facilement reconnaissable. Les rapports de force existant au sein d'une société apparaissent au grand jour. C'est donc une arme efficace pour parer à une ingérence indésirable dans une société et obtenir une parfaite transparence de celle-ci, objectif impossible à réaliser dans l'état actuel de la législation, même lorsque des actions nominatives sont émises; de tels titres peuvent en effet circuler, comme des titres au porteur, au gré de l'intéressé ²⁴⁰.

En temps de guerre, il peut être vital pour la société d'être en mesure d'apporter la preuve irréfutable de son appartenance réelle à tel ou tel actionnaire, afin d'échapper à des saisies de biens prétendument ennemis.

Mais aussi l'actionnaire lui-même peut être intéressé à justifier l'acquisition régulière de ses droits, si elle est mise en doute par un état, ou si les actions

²³⁸ Fromer, ZSR 1961, pp. 127 ss, notamment 142.

²³⁹ Cf. Hirsch, Festschrift Walther Hug, pp. 307 ss.

²⁴⁰ Arrêt Garesa contre Grand Anstalt, du 13 mai 1955, ATF 81 II pp. 197 ss, JT 1956 I pp. 66 ss, notamment 69.

sont présumées être la propriété de ressortissants d'un autre état à l'égard duquel des mesures de nationalisation ont été prises.

L'administration de la société a l'obligation de ne reconnaître comme actionnaire que les personnes qui se sont dûment justifiées comme tels. Lorsque les droits de l'actionnaire sont incorporés dans un titre au porteur ou à ordre, cet examen ne porte que sur la légitimation formelle de l'actionnaire. Sauf dol ou négligence grave de sa part ²⁴¹, la société n'a pas à pousser plus loin ses investigations. L'examen de la légitimation matérielle échappant en principe à la cognition de la société, il ne peut être exclu que des personnes exercent d'une manière illégitime des droits d'actionnaire à son insu.

3. *Le groupement de sociétés*

Une société peut s'abstenir d'émettre un titre d'action matérialisant le sociétariat d'un actionnaire dans le but de créer de cette façon un lien étroit avec une autre société.

Une collaboration de nature purement contractuelle entre deux sociétés est soumise à certains aléas, et son indissolubilité n'est jamais garantie. Or, pour diverses raisons on ne veut pas recourir à la constitution d'une holding. En raison de préoccupations d'ordre fiscal, et par crainte de répercussions psychologiques dans le public, une fusion n'est pas jugée opportune.

Il est alors possible de recourir à l'institution de l'action jumelée dont un exemple très connu dans la pratique est le lien instauré par ce moyen entre deux compagnies d'assurance, l'Helvetia-Incendie et l'Helvetia-Accident ²⁴².

En se servant de la liberté que leur laisse le législateur dans le domaine de l'émission de titres ²⁴³, deux sociétés s'abstiennent d'émettre chacune séparément des titres et les remplacent par un papier-valeur commun matérialisant simultanément le sociétariat dans l'une et l'autre société. Il devient ainsi impossible de négocier les actions d'une société sans les actions de l'autre.

Le procédé paraît admissible, à condition qu'il existe une disposition statutaire pour les deux sociétés qui l'autorise, car il n'y a pas de disposition du droit des papiers-valeurs selon laquelle un papier-valeur ne peut incorporer de droits qu'à l'égard d'un seul émetteur ²⁴⁴. Il est toutefois *per definitionem* exclu d'incorporer deux portions du capital social d'une société dans le même titre. A plus forte raison, doit-il en être ainsi lorsqu'il s'agit de deux fractions du capital de différentes sociétés. Seul un certificat d'action peut assumer le rôle ²⁴⁵ de matérialiser une unité du capital à la fois dans l'une et dans l'autre des sociétés jumelées.

²⁴¹ Art. 966 al. 2 CO.

²⁴² Cf. von Graffenried, SAG 1968, pp. 145 ss.

²⁴³ *Supra*, pp. 34 ss.

²⁴⁴ Plattner, p. 62.

²⁴⁵ Plattner, p. 64.

III. LE PHÉNOMÈNE D'UNE NON-ÉMISSION DE TITRES DANS LES DIFFÉRENTES SOCIÉTÉS

Les développements qui précèdent expliquent aisément que des actionnaires sans titre apparaissent le plus souvent dans les sociétés à membre unique, les sociétés immobilières et les sociétés de famille.

Nous savons que le capital-actions des deux tiers de toutes les sociétés anonymes enregistrées en Suisse à fin 1969 ne dépassait pas Fr. 100 000, la moitié environ d'entre elles étant au capital minimum de Fr. 50 000²⁴⁶. On ignore combien de ces sociétés n'ont en réalité qu'un seul actionnaire. Mais il est certain qu'elles sont nombreuses car, tolérées dans les limites de l'art. 625 CO, elles permettent de suppléer à l'institution, inconnue du droit suisse, du commerçant à responsabilité limitée²⁴⁷.

Lorsque la société immobilière n'est propriétaire que d'un seul immeuble dont la vente doit être effectuée par cession du capital-actions, le vendeur peut simplement estimer inutile la confection d'actions²⁴⁸. L'existence de titres individuels ou d'un certificat d'actions global pourra même présenter des inconvénients; si l'acquisition de ces titres a été frauduleuse²⁴⁹ et que survienne leur perte, l'actionnaire devra se manifester dans le cadre d'une procédure d'annulation.

L'existence de titres d'action revêtant la forme de papiers-valeurs ne répond pas à une nécessité dans les petites sociétés. Cela est vrai aussi bien pour la société qui est entre les mains d'un seul actionnaire que pour la société de famille qui, de par sa nature, doit autant que possible empêcher l'aliénation de ses actions à des tiers étrangers à la famille²⁵⁰. L'existence même de l'entreprise pourrait être compromise, si une certaine stabilité des membres de la société n'était pas assurée. Elle est souvent le pilier indispensable au maintien de la propriété familiale.

En prenant en considération la fréquence des petites sociétés anonymes dans la pratique et le fait qu'un grand nombre de sociétés immobilières et de sociétés à membre unique figurent parmi celles-ci, nous pensons que les sociétés anonymes qui ne connaissent pas le titre d'action sous forme d'un papier-valeur sont plus nombreuses qu'on a communément tendance à le penser.

²⁴⁶ Rap. int., Annexe 3, Données statistiques, tableau 3.

²⁴⁷ A notre connaissance, seule la principauté du Liechtenstein connaît cette institution, cf. art. 637-648 et art. 834-896 du Code civil liechtensteinois.

²⁴⁸ Cf. Jäggi, SAG 1974, pp. 145 ss, notamment 150.

²⁴⁹ Pour violation de l'arrêt fédéral sur l'acquisition d'immeubles par des personnes domiciliées à l'étranger, du 21 mars 1973, ROLF I 1974, pp. 83 ss.

²⁵⁰ Zeller, p. 54.

Là où l'élément personnel joue un rôle important ²⁵¹, voire primordial, dans une société anonyme — c'est le cas de la plupart des sociétés anonymes suisses — l'absence de titres contribue à renforcer ce caractère de la société.

En guise de conclusion, il n'est pas sans intérêt de mentionner ici que l'absence de titres d'action sous forme de papiers-valeurs a été envisagée par la Commission Tschopp ²⁵² comme un critère de distinction possible entre les petites sociétés anonymes et les grandes sociétés faisant appel au public pour leur financement.

²⁵¹ Cf. Meier-Hayoz, Festschrift Walther Hug, pp. 377 ss.

²⁵² Rap. int., p. 212.

CHAPITRE IV

Le droit au titre

Après avoir passé en revue les différents cas dans lesquels un actionnaire peut être privé d'un titre et les raisons d'une telle situation, nous allons examiner dans quelles conditions il peut exiger de la société la remise d'un titre. Inversement, ce droit de l'actionnaire peut-il être aboli ? Dans l'affirmative, dans quelles circonstances ? Cette mesure ne peut-elle être adoptée que dans les statuts originaux ou lorsque les titres n'ont pas encore été émis ? Sera-t-il aussi possible de supprimer la qualité de papier-valeur à des titres régulièrement émis ? Ces différentes hypothèses devront être examinées séparément par la suite.

I. LES DIFFÉRENTS DROITS DE L'ACTIONNAIRE

En acquérant la qualité de sociétaire, l'actionnaire d'une société anonyme accepte de se soumettre, dans une certaine mesure tout au moins, à la volonté de la majorité. Certains de ses droits sont ainsi susceptibles d'être supprimés ou modifiés, contre l'avis d'un seul, ou même d'une minorité importante d'actionnaires. La décision de distribuer un dividende dépend d'une décision prise à la majorité des voix. Une minorité d'actionnaires doit supporter que le but social soit transformé, que des clauses statutaires aggravant les conditions dans lesquelles les décisions peuvent être prises soient supprimées, ou que soient créées des actions à droit de vote privilégié²⁵³. Le cercle des opérations de la société peut être étendu contre l'avis d'une minorité d'actionnaires, sans possibilité pour elle de s'y opposer²⁵⁴.

A côté de ces droits, il y a ceux qui ne sauraient être assujettis à la volonté sociale parce qu'ils sont inhérents à la qualité de membre de la société. Ces droits, qu'il est convenu d'appeler droits acquis de l'actionnaire, ont leur source dans la loi ou les statuts, voire dans des principes généraux du droit. L'actionnaire ne peut en être privé sans son assentiment.

Non sans raison, certains auteurs reprochent à la notion de droits acquis d'apporter plus de confusion que de clarté²⁵⁵. L'existence de nombreuses théories à leur égard en est une cause²⁵⁶. On admet aujourd'hui que certains

²⁵³ Art. 648 CO.

²⁵⁴ Art. 649 CO.

²⁵⁵ Vischer/Rapp, p. 177.

²⁵⁶ Cf. Schluep, pp. 10 ss.

de ces droits peuvent être supprimés contre la volonté de leur titulaire, alors même qu'ils ont en principe le caractère d'un droit acquis²⁵⁷. C'est la raison pour laquelle on distingue entre les droits acquis relatifs et les droits acquis absolus. Les premiers sont ceux qui peuvent être supprimés lorsqu'un intérêt social supérieur l'exige impérieusement, tel le droit au libre transfert du sociétariat par l'introduction d'une clause d'agrément dans les statuts²⁵⁸. Les seconds sont ceux dont l'actionnaire ne peut être privé contre son gré²⁵⁹.

Conscient des difficultés d'une définition des droits acquis de l'actionnaire, le législateur établit une énumération²⁶⁰ de ceux-ci. Il résulte du texte de la loi que cette énumération n'est sans nul doute pas limitative²⁶¹. Il est donc nécessaire de se demander de cas en cas si, outre les droits expressément mentionnés par le législateur, on est en présence d'un droit acquis de l'actionnaire et, dans l'affirmative, si ce droit a alors un caractère absolu, ou seulement relatif.

Le droit de l'actionnaire à son titre doit être examiné à la lumière de ces notions. Il est à nouveau indiqué de distinguer entre le titre valant simple preuve de la qualité d'actionnaire et le titre incorporant cette qualité, le papier-valeur, les conditions dans lesquelles l'actionnaire peut les obtenir n'étant pas les mêmes.

* * *

II. LE PRINCIPE GÉNÉRAL

A. LE DROIT AU TITRE DE PREUVE

1. *La nature du droit au titre de preuve*

En apposant sa signature sur le bulletin de souscription, le futur actionnaire contracte l'obligation de payer une somme d'argent, sous la réserve que son offre soit acceptée par les promoteurs de la société. L'exécution totale ou partielle de l'obligation de libérer l'action lui donne le droit de recevoir une quittance constatant son paiement²⁶². En dépit du fait que l'actionnaire n'a

²⁵⁷ Certains auteurs y voient une *contradictio in adjecto*.

²⁵⁸ Cour d'appel de Bâle-Ville, du 9 février 1965, SAG 1965-66, pp. 134-135.

²⁵⁹ Lorsque la doctrine parle de droits acquis absolus et relatifs, elle ne part pas toujours de ces définitions, ce qui peut être une source de confusion.

²⁶⁰ Art. 646 al. 2 CO. Le législateur avait adopté la même méthode dans l'ancien CO, cf. art. 627.

²⁶¹ Procès-verbal de la Commission d'experts, p. 217.

²⁶² Art. 88 al. 1 CO.

pas d'autres obligations à exécuter, il ne peut demander à ce moment-là déjà un autre document, la nouvelle société n'étant pas encore née. Cet instant est déterminé par l'inscription de la société au Registre du commerce.

Bien que le législateur ne le mentionne pas expressément, le droit de l'actionnaire à son titre découle de son sociétariat. Celui-ci ne s'éteint pas du seul fait que l'actionnaire n'exerce pas ses droits de sociétaire²⁶³. Comme le sociétariat ne se prescrit pas²⁶⁴, l'actionnaire ne peut perdre son droit à un titre de preuve²⁶⁵. Nous constatons ainsi qu'une mise en demeure de l'actionnaire de retirer le titre serait sans effet sur son droit de le réclamer ultérieurement²⁶⁶. L'attitude qu'il a prise antérieurement est inopérante; on ne saurait lui reprocher de réclamer un titre après plusieurs années pour la première fois.

Le droit à un titre de preuve a un caractère fondamental. En effet, un tel document peut établir la qualité d'actionnaire dans une société née d'une fondation successive où la qualité d'actionnaire ne ressort pas d'un acte authentique, comme dans la fondation simultanée. La remise du titre met l'actionnaire en mesure de prouver l'existence de ses droits tout à la fois à l'égard de la société, des autres actionnaires et des tiers étrangers à la société. En l'absence d'une disposition légale expresse, la doctrine constate avec raison que le droit à un titre de preuve est un droit acquis absolu de l'actionnaire²⁶⁷. Il en découle que l'actionnaire ne peut en aucun cas être privé d'un tel titre. Ainsi, les statuts d'une société anonyme ne peuvent restreindre ce droit de l'actionnaire d'aucune manière. Une disposition statutaire qui ferait dépendre l'émission de titres de preuve de conditions particulières, telle que la libération des actions à raison d'un certain montant, serait illicite et nulle de plein droit.

2. Les conditions de l'exercice du droit au titre de preuve

a) Les conditions formelles

Le droit au titre de preuve peut être exercé indéfiniment par tout actionnaire, chaque fois qu'il ne possède pas un tel document, encore qu'il faille considérer que la quittance de libération peut généralement remplir cette fonction pour le souscripteur de l'action, ce dernier ne la libérant pas avant d'avoir été accepté comme tel.

L'actionnaire peut demander la délivrance d'un titre de preuve, alors que la société lui en a déjà délivré un autre précédemment. Toutefois, la société peut alors l'obliger à lui remettre une déclaration authentique ou dûment légalisée constatant l'annulation de l'ancien titre²⁶⁸. Lorsque l'actionnaire

²⁶³ Fehlmann, p. 41.

²⁶⁴ Contra, Steiner, SAG 1938/39 pp. 100 ss, notamment 101.

²⁶⁵ Funk, Commentaire ad art. 622 CO, note 6.

²⁶⁶ Siegwart, Commentaire ad art. 622, note 74.

²⁶⁷ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 44; Forrer, p. 161.

²⁶⁸ Art. 90 al. 1 CO.

exécute cette formalité, la société assume l'obligation de confectionner un nouveau titre de preuve.

Le droit au titre de preuve ne peut, bien entendu, être exercé que pour autant que la société n'ait pas déjà délivré à l'actionnaire un titre valant papier-valeur. Etant un titre de moindre qualité, il ne présenterait d'ailleurs aucun avantage pour l'actionnaire, qui doit obligatoirement se fonder sur le papier-valeur, s'il veut exercer des droits dans la société.

La situation n'est pas modifiée dans l'hypothèse où l'actionnaire réclamerait un titre de preuve parce qu'il a perdu le papier-valeur. Sans procédure d'annulation judiciaire, un nouveau titre, ne fût-ce qu'un titre de preuve, ne peut en principe lui être remis. Une exception doit être statuée pour le cas du titre d'action dont la destruction a été constatée, mais qui ne peut être annulé faute d'avoir pu être individualisé ²⁶⁹. Si la personne qui fait constater sa qualité d'actionnaire n'a aucun intérêt à un titre de preuve, le dispositif du jugement constatatoire en tenant lieu, il n'en va pas de même d'un acquéreur ultérieur des droits.

b) Les conditions matérielles

La fonction de tout titre qui peut être remis à l'actionnaire étant d'établir l'existence du sociétariat ²⁷⁰, l'actionnaire peut l'exiger dès que celui-ci existe.

La question est dès lors de savoir quand se situe cet instant. Il paraît inexact de dire que le sociétariat du souscripteur naît le jour de l'inscription de la société au Registre du commerce ²⁷¹. En effet, la prérogative sociale par excellence, le droit de vote, naît avant cette inscription, avec la libération des actions souscrites par l'actionnaire dans la proportion exigée par les statuts ou par la loi. L'inscription de la société au Registre du commerce détermine en revanche la naissance de la totalité des droits de l'actionnaire ²⁷². Ce n'est qu'une fois que tous les droits sociaux et patrimoniaux sont nés qu'un titre peut être délivré, car il ne saurait être créé qu'un seul titre pour l'ensemble des droits compris dans le sociétariat, le législateur partant de l'idée que celui-ci est indivisible ²⁷³.

Au plus tôt dès après l'inscription de la société au Registre du commerce, un tel titre peut être délivré, car la société ne peut attester qu'une personne est actionnaire avant qu'elle ne soit elle-même reconnue comme société anonyme par l'ordre juridique. La qualité d'actionnaire n'existe alors que sous la condition de l'inscription de la société. L'interdiction d'émettre des actions

²⁶⁹ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

²⁷⁰ Nous faisons abstraction ici de titres qui incorporent seulement un droit patrimonial de l'actionnaire, tels les coupons permettant de percevoir le dividende.

²⁷¹ Pestalozzi-Henggeler, p. 18; Koeflerli, p. 63.

²⁷² Art. 694 CO, cf. Aschwanden, p. 99.

²⁷³ Sous le régime de l'ancien code des obligations, ce principe était expressément consacré à l'art. 614 al. 2 CO.

d'une société anonyme avant l'inscription de celle-ci au Registre du commerce ²⁷⁴, ou avant l'inscription d'une augmentation de capital, s'applique donc également à l'émission de titres de preuve tels que nous les avons définis ²⁷⁵, mais rien n'empêche évidemment la société de délivrer des attestations de libération ou d'attribution d'actions ²⁷⁶.

L'auteur de l'émission pourra être actionné en paiement de dommages-intérêts au même titre que celui qui procède à l'émission de papiers-valeurs avant l'inscription de la société au Registre du commerce. Si de tels titres déterminent un tiers à l'achat des droits qu'ils sont censés certifier, mais qui ne naîtront peut-être jamais, l'acheteur peut non seulement se retourner contre le vendeur, en raison de sa garantie ²⁷⁷, mais aussi contre la personne responsable de l'émission des titres de preuve.

En revanche, pour l'émission de titres de preuve, peu importe de savoir si les actions ont été intégralement ou partiellement libérées. En particulier, la restriction ²⁷⁸ que le législateur a prévue pour l'émission d'actions au porteur non intégralement libérées ne s'applique pas à l'actionnaire qui n'exige de la société qu'un titre de preuve pour de telles actions.

Mentionnons enfin que le droit au titre de preuve peut être exercé durant toute la vie sociale à n'importe quel moment, même durant la liquidation de la société. Seul un tel titre peut même être réclamé lorsque la société est en faillite, à supposer qu'il présente encore quelque utilité pour l'actionnaire ²⁷⁹.

3. Les effets du titre de preuve

Tout titre que la société remet à son actionnaire a la portée d'une reconnaissance de dette de sa part. Ayant un titre de preuve en mains, l'actionnaire possède un moyen, parmi d'autres, d'établir sa qualité. L'actionnaire peut s'en prévaloir, mais n'est pas obligé de le faire pour exercer des droits dans la société.

Le caractère de titre de preuve implique que l'actionnaire détenant un tel document ne jouit d'aucune protection particulière dans ses rapports avec la société. Il est vrai que si le document délivré est plus qu'un titre de preuve simple et contient une clause de présentation, ou éventuellement une clause de légitimation, le titre lui confère une certaine protection dans ses rapports avec la société, encore que celle-ci ne soit pas obligée, dans ces cas également,

²⁷⁴ Art. 644 al. 2 CO, 644 al. 1, 653 al. 2 CO, cf. pour le droit allemand par. 191, 203, 219, AktG, cf. pour le droit français art. 271 Loi sur la société anonyme de 1966.

²⁷⁵ *Supra*, pp. 40 ss.

²⁷⁶ Siegart, Commentaire ad art. 644 CO, note 1.

²⁷⁷ Nous estimons que les art. 171 ss CO sont applicables par analogie.

²⁷⁸ Art. 683 al. 1 CO.

²⁷⁹ Arrêt Naegeli contre Schweizer et Consorts, du 14 septembre 1889, ATF 15 pp. 619 ss, notamment 625; Arrêt Masse Brienzen-Rothornbahn contre Vest Eckel et C^{ie} et Consorts, du 7 juin 1895, ATF 21 pp. 549 ss, notamment 569.

de l'admettre à l'exercice de ses droits sur simple présentation du titre. Elle exigera en général sa présentation, sans devoir s'en contenter.

Mais cela ne saurait modifier fondamentalement les rapports de l'actionnaire avec la société qui garde, en toutes circonstances, la faculté de ne pas le considérer comme tel, alors même qu'il présente le titre. L'obligation de la société de reconnaître comme actionnaire celui qui présente le titre ne peut lui être imposée en dehors du cas où les droits de l'actionnaire sont incorporés dans un papier-valeur.

Evidemment, l'existence d'un titre de preuve est sans effet sur les modalités de transfert de la qualité d'actionnaire, le droit existant en dehors du titre ²⁸⁰. Cette constatation vaut pour tous les genres de titres de preuve qui pourraient être remis à l'actionnaire.

B. LE DROIT AU PAPIER-VALEUR

1. *La nature du droit au papier-valeur*

Nous savons, par nos développements relatifs à la liberté de la société anonyme d'émettre des titres d'action répondant à la notion de papier-valeur, que le législateur considère l'existence de ce genre de titre comme le cas normal ²⁸¹.

Il est certain également qu'en règle générale l'actionnaire a un réel intérêt à disposer d'un titre qui soit un papier-valeur, non seulement parce qu'il peut le négocier facilement, mais aussi du fait que l'exercice des droits découlant de sa qualité d'actionnaire est ainsi efficacement protégé à la fois à l'égard de la société et des tiers, lorsque la qualité d'actionnaire est incorporée dans un titre à ordre ou nominatif. En effet, la perte du titre empêche certes son légitime détenteur d'exercer les droits d'actionnaire qui y sont incorporés, mais ne met pas davantage celui qui en a acquis la possession en mesure d'exercer ces mêmes droits, à moins évidemment qu'un titre à ordre n'ait été endossé en blanc. On ne saurait donc priver l'actionnaire de ce droit à la légère et sans raison majeure.

2. *Les conditions de l'exercice du droit au papier-valeur*

a) Les conditions formelles

L'actionnaire peut exiger en tout temps de la société qu'elle lui remette un titre incorporant ses droits. Ce droit est imprescriptible, comme le droit à un titre de preuve.

²⁸⁰ *Infra*, p. 141.

²⁸¹ *Supra*, pp. 34 ss.

Son exercice peut toutefois se heurter à l'émission antérieure d'un titre. Dans cette hypothèse, la société doit attendre le résultat de la procédure d'annulation judiciaire du titre avant de lui en remettre un autre²⁸². Si, pour une raison ou pour une autre, le titre ne peut être annulé, l'actionnaire ne peut pas réclamer un second titre, alors même qu'il a été établi que le premier a été détruit²⁸³.

L'émission d'un titre de preuve ne paralyse pas l'exercice du droit au papier-valeur. La société n'est pas tenue d'exiger l'annulation préalable du titre de preuve²⁸⁴, si l'actionnaire ne veut ou ne peut lui restituer celui-ci.

En effet, par l'émission d'un papier-valeur, la société manifeste sa volonté de ne reconnaître dorénavant comme actionnaire que la personne qui lui présente le titre, à tout le moins lorsqu'il s'agit d'une action au porteur. Le titre de preuve perd dès lors toute sa portée, cela aussi bien dans les rapports entre l'actionnaire et la société qu'entre l'actionnaire et les tiers.

b) Les conditions matérielles

Ce n'est pas la date de l'inscription de la société au Registre du commerce qui est nécessairement déterminante pour connaître le moment à partir duquel ce droit peut être exercé, mais bien celle qu'a fixée le législateur ou qu'ont prévue les statuts pour l'émission de papiers-valeurs²⁸⁵. Il faut en effet admettre, en interprétant la loi *a maiore minus*, que les statuts d'une société peuvent, dans l'intérêt d'une négociabilité restreinte, aggraver les conditions dans lesquelles le sociétariat peut être incorporé dans un titre, dès l'instant où la faculté de cette incorporation peut être supprimée complètement.

En l'absence de dispositions statutaires contraires, l'actionnaire peut exiger la délivrance de titres à ordre ou nominatifs incorporant son sociétariat dès l'inscription de la société au Registre du commerce²⁸⁶. En revanche, des titres au porteur ne peuvent être réclamés qu'une fois les actions intégralement libérées²⁸⁷.

Pour ces actions, l'actionnaire peut exiger l'incorporation de son sociétariat dans un certificat intérimaire²⁸⁸ qui, selon nous, est un titre nominatif²⁸⁹. C'est la seule forme d'incorporation dans un papier-valeur que le législateur mette à disposition pour de telles actions.

²⁸² Art. 972 al. 2 CO.

²⁸³ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss, notamment 286-287.

²⁸⁴ Art. 90 al. 1 CO.

²⁸⁵ Ils pourraient par exemple prévoir que les papiers-valeurs matérialisant des actions nominatives ne peuvent être émis qu'après libération intégrale des actions.

²⁸⁶ Art. 687 al. 4 CO.

²⁸⁷ Art. 683 al. 1 CO.

²⁸⁸ Art. 688 al. 2 CO.

²⁸⁹ *Supra*, pp. 47 ss.

L'actionnaire peut réclamer la délivrance d'un certificat intérimaire alors même que les statuts ne prévoient rien à ce sujet. Ceux-ci n'ont pas à répéter ce que le législateur a expressément prévu. Bürge²⁹⁰ conteste à l'actionnaire ce droit en considérant que l'émission de titres n'est ni essentielle pour la société, ni une condition pour l'existence du sociétariat de l'actionnaire. Pareil raisonnement peut être tenu pour toutes les formes d'incorporation dans un titre. Pourquoi seulement pour le certificat intérimaire? Boemle²⁹¹ partage cette opinion, mais avec une argumentation différente qui n'emporte pas davantage notre conviction. Il allègue principalement qu'il ne peut être dans l'intérêt de la société émettrice que le souscripteur de l'action aliène son sociétariat avant la réception des titres définitifs. C'est, d'une part, oublier que, nonobstant l'absence d'un certificat intérimaire, les droits d'actionnaire sont aliénables et, d'autre part, perdre de vue que les intérêts de la société sont suffisamment sauvegardés par les exigences de formes auxquelles le certificat intérimaire doit satisfaire. Ce dernier doit en effet obligatoirement revêtir la forme du titre nominatif.

La société est-elle tenue de créer un titre par fraction du capital social, ou peut-elle se contenter de créer des titres globaux réunissant plusieurs fractions de celui-ci même contre la volonté de l'actionnaire? Nous avons à plusieurs reprises rappelé que la loi présume l'existence de titres d'action. Cette présomption s'étend non seulement à l'existence de papiers-valeurs réunissant un nombre quelconque d'actions de l'actionnaire, mais bel et bien à l'existence d'un titre par fraction du capital social²⁹². Pour renverser cette présomption, une base statutaire est indispensable. On ne peut autrement déroger à la réglementation légale. L'actionnaire pourra donc exiger un titre par fraction de capital qui lui appartient, lorsque les statuts sont muets sur ce point.

Lorsque l'actionnaire détient un titre tellement défectueux que sa qualité ne peut plus être considérée comme étant incorporée dans celui-ci²⁹³, il peut évidemment en exiger un autre de la société moyennant restitution de l'ancien. En effet, dans ce cas, la société n'a pas rempli son obligation d'incorporer les droits de l'actionnaire dans un papier-valeur.

Si le titre nul est introuvable, la question se posera de savoir si la société peut refuser de délivrer un nouveau titre, aussi longtemps que l'ancien ne lui a pas été restitué. Comme l'ancien titre n'a jamais incorporé les droits de l'actionnaire d'une façon telle que sans le titre il ne puisse ni les faire valoir ni les transférer, on devrait pouvoir renoncer à une telle procédure. Cette renonciation devrait néanmoins être l'exception en raison de la confiance qu'un tiers acquéreur du titre nul a pu avoir dans un tel document. La notion imprécise du titre nul implique qu'en cas de doute sur sa qualité, une procédure d'annu-

²⁹⁰ Bürge, Commentaire ad art. 688 CO, note 6.

²⁹¹ Boemle, SAG 1959/60 pp. 81 ss, notamment 82.

²⁹² *Supra*, pp. 33 ss.

²⁹³ Cf. *supra*, pp. 81-82.

lation devrait être engagée par l'actionnaire avant que la société ne lui remette un nouveau titre sous forme de papier-valeur. Il convient d'éviter que deux papiers-valeurs soient censés incorporer les mêmes droits.

Si le titre nul en tant que papier-valeur vaut néanmoins comme moyen de preuve de la qualité d'actionnaire, la production d'une déclaration authentique ou dûment légalisée constatant l'annulation du titre ²⁹⁴ n'est pas nécessaire lorsque l'actionnaire ne peut présenter le titre. L'actionnaire est fondé à exiger un nouveau titre sans avoir à se soumettre à cette formalité.

A partir de l'instant où la société remet à l'actionnaire un nouveau titre incorporant valablement ses droits, le titre de preuve, représenté en l'occurrence par un papier-valeur nul, perd toute portée pratique, car par l'émission d'un papier-valeur valable, la société promet formellement de n'accepter comme actionnaire que la personne qui lui présentera le titre ou, le cas échéant, un jugement d'annulation de celui-ci.

3. *Les effets du papier-valeur*

On peut se référer ici aux développements relatifs à la notion de papier-valeur et aux effets qui en découlent ²⁹⁵. On les complétera utilement en mentionnant que ces effets spécifiques se manifesteront seulement dès l'instant où la personne ayant la qualité d'actionnaire a pris possession du titre, ou a été mise en demeure de le faire. Ce n'est qu'à partir de ce moment-là que la qualité d'actionnaire est véritablement incorporée dans le titre. Certes le droit suisse a fait sienne la théorie dite de la création du papier-valeur ²⁹⁶, mais celle-ci ne saurait s'appliquer dans le droit de la société anonyme ²⁹⁷ où elle conduirait à une violation de dispositions impératives ²⁹⁸.

La société a la possibilité, théorique tout au moins, d'imposer à l'actionnaire l'incorporation de ses droits dans un papier-valeur, sous la réserve que les statuts de la société n'aient pas supprimé l'émission de papiers-valeurs. Cette incorporation n'est pas seulement avantageuse pour l'actionnaire, mais aussi pour la société dans la mesure où elle diminue sa responsabilité lors de l'examen de la légitimation d'un actionnaire ²⁹⁹.

* * *

²⁹⁴ Art. 90 al. 1 CO.

²⁹⁵ *Supra*, pp. 20 ss.

²⁹⁶ Art. 979 al. 3 CO, 1146 al. 1 CO.

²⁹⁷ Beeler, p. 189, Sautaux, p. 3; Lewin, p. 30.

²⁹⁸ Tels les art. 683 al. 1, 681, 682 CO.

²⁹⁹ Art. 966 al. 2 CO.

III. L'EXCLUSION DU DROIT AU TITRE DANS LES STATUTS ORIGINAUX

Le problème ne se posera que pour le titre valant papier-valeur dès l'instant où nous avons admis que le droit à un titre de preuve est un droit acquis absolu de l'actionnaire³⁰⁰.

La doctrine s'est demandée si ce droit de l'actionnaire à un titre sous forme d'un papier-valeur pouvait lui être retiré et, le cas échéant, dans quelles conditions. Schucany estime que l'actionnaire a un droit acquis à son titre en raison de sa nature juridique de papier-valeur³⁰¹. Weiss³⁰² constate qu'on reconnaît généralement à l'actionnaire, en dépit du fait qu'une disposition spéciale n'existe pas, un droit acquis à recevoir un titre d'action.

Certains auteurs sont d'avis que les statuts d'une société anonyme ne peuvent pas exclure l'émission de titres d'action sous forme de papiers-valeurs³⁰³. Cette opinion a son fondement dans l'idée que cette exclusion serait contraire au système légal de la société anonyme.

Pour une autre partie de la doctrine, en revanche, ce droit peut être aboli dans les statuts originaux. C'est notamment l'opinion de Siegwart³⁰⁴ et de Bürgi³⁰⁵. Ce dernier fait remarquer que le droit au titre d'action n'est pas d'une importance telle qu'une renonciation paraisse d'emblée exclue. Pestalozzi-Henggeler³⁰⁶ est d'avis que l'exclusion du titre d'action ne touche pas aux principes fondamentaux de la société anonyme qui doivent être respectés dans l'intérêt de l'ordre public. Schluep³⁰⁷ admet la possibilité d'exclure dans les statuts originaux l'émission de titres d'action sous forme de papiers-valeurs en invoquant à juste titre le fait que l'existence du sociétariat n'est pas affectée par l'absence du titre d'action. D'ores et déjà on ajoutera qu'elle n'affecte pas non plus la possibilité d'exercer les droits d'actionnaire, ni la faculté de les transférer. Ce qui change, en revanche, ce sont les modalités selon lesquelles ces droits sont exercés et transférés. Nous ne pouvons ainsi partager l'opinion des auteurs qui considèrent que le droit au titre d'action sous forme d'un papier-valeur ne peut être supprimé en aucune circonstance. Si le législateur

³⁰⁰ Cf. *supra*, pp. 66 ss.

³⁰¹ Schucany, Commentaire ad art. 646 CO, note 6.

³⁰² Weiss, SJZ 1942/43 pp. 513 ss et pp. 529 ss, notamment 531.

³⁰³ Wieland K., p. 40; Perrier, p. 23; Hahnloser, p. 12; Mercier, p. 26; Funk, Commentaire ad art. 622 CO, note 6; Contat, p. 34; Lewin, p. 5.

³⁰⁴ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 44.

³⁰⁵ Bürgi, Commentaire, Rem. prél. ad art. 683-687 CO, note 22.

³⁰⁶ Pestalozzi-Henggeler, p. 28.

³⁰⁷ Schluep, p. 115.

avait voulu y voir un droit si essentiel pour l'actionnaire, il n'aurait probablement pas manqué de consacrer à cette question une disposition légale spéciale, comme il l'a fait pour d'autres types de sociétés ³⁰⁸.

S'il convient de ne pas sous-estimer l'importance de l'incorporation des droits de l'actionnaire dans un papier-valeur, il faut aussi se garder de l'exagérer. Quant à leur nature, ces droits sont les mêmes, qu'ils soient incorporés dans un papier-valeur ou seulement certifiés par un titre de preuve. Rappelons ici aussi que cette incorporation est une simple technique dont se sert le droit de la société anonyme pour contribuer à son bon fonctionnement. Dans les situations où le recours à cette technique n'est pas nécessaire, pour une raison ou pour une autre, on doit pouvoir y renoncer.

Mais un problème se pose: que penser de l'art. 626 chif. 3 CO qui exige comme clause nécessaire des statuts de toute société anonyme l'indication de l'espèce des actions? Cela semble nécessairement impliquer une obligation pour la société d'émettre des papiers-valeurs matérialisant les droits de l'actionnaire, et qui peuvent être de différentes espèces.

Le préposé au Registre du commerce ne pourrait accepter d'inscrire une société dont les statuts ne se prononcent pas sur ce point, car une disposition impérative de la loi serait manifestement violée. La question se pose donc de savoir si l'introduction d'une clause dans les mêmes statuts prévoyant que des titres d'action sous forme de papiers-valeurs ne seraient pas émis n'est pas en contradiction avec la nécessité d'indiquer l'espèce d'action ³⁰⁹. Il est certain que tel sera le cas si les statuts d'une société indiquent que les actions sont au porteur, tout en prohibant l'incorporation de la qualité d'actionnaire dans un titre au porteur. La seconde clause ne pourrait être admise, car elle a pour effet d'annuler la première sur un point important, l'anonymat de l'actionnaire.

En revanche, il n'en sera pas de même si les statuts indiquent que les actions sont nominatives. La suppression de la qualité de papier-valeur n'est alors pas en contradiction avec une disposition précédente, la société ne permettant pas à l'actionnaire qu'il puisse rester anonyme ³¹⁰. Lorsqu'une société n'entend pas émettre de papiers-valeurs pour matérialiser le sociétariat, elle doit indiquer dans ses statuts que ses actions seront nominatives.

En dernier lieu, on rappellera aussi que l'intérêt public n'est pas en jeu lorsqu'il s'agit de savoir si le titre d'action sous forme de papier-valeur peut être supprimé par les statuts. On ne saurait pas non plus, par conséquent, invoquer cette raison pour restreindre l'autonomie corporative de la société dans le domaine de l'émission des titres.

³⁰⁸ *Supra*, pp. 28 ss.

³⁰⁹ Lewin est notamment de cet avis, p. 6.

³¹⁰ Cette suppression aura pour effet que l'actionnaire ne pourra se servir de son titre pour créer un anonymat non voulu par la société. Cf. Hirsch, *Festschrift Walter Hug*, pp. 307 ss, notamment 328.

Nous constatons ainsi que, contrairement au droit à un titre de preuve, le droit de l'actionnaire à un papier-valeur ne paraît pas être si important qu'il ne puisse être supprimé, à tout le moins dans les statuts originaux.

La doctrine allemande est moins libérale. Elle estime que des droits d'actionnaire peuvent certes exister pour une durée indéterminée sans qu'il soit nécessaire de les incorporer dans un papier-valeur, mais la société ne peut valablement supprimer ce droit, serait-ce même dans les statuts originaux ³¹¹.

En revanche, en Italie ³¹² et en France ³¹³, pareille possibilité existe. Elle est également admise dans le droit liechtensteinois ³¹⁴. Ces législations adoptent ainsi une position semblable à celle du droit suisse.

* * *

IV. LA SUPPRESSION DU DROIT AU TITRE DURANT LA VIE SOCIALE

Là encore la question ne pourra se poser que pour le titre de l'actionnaire valant papier-valeur, le droit au titre de preuve étant un droit acquis absolu de l'actionnaire ³¹⁵.

En raison des intérêts que la suppression du titre met en jeu, lorsque ce dernier est en circulation, il s'avère nécessaire d'envisager séparément l'éventualité où la société a émis des titres et celle où une telle émission n'a pas eu lieu.

A. LES TITRES N'ONT PAS ÉTÉ ÉMIS

1. *Les conditions de la suppression du droit au papier-valeur*

Les statuts originaux d'une société anonyme pouvant exclure l'émission d'un titre d'action sous forme d'un papier-valeur, ce droit de l'actionnaire peut-il aussi être aboli contre sa volonté durant la vie sociale ?

³¹¹ Baumbach-Hueck, ad par. 10, AktG, note 1; Gadow-Heinichen, Commentaire ad par. 10, AktG, note 2; Würdinger, p. 46.

³¹² *Supra*, p. 25.

³¹³ *Supra*, p. 26.

³¹⁴ Art. 267 Code civil liechtensteinois.

³¹⁵ *Supra*, pp. 66 ss.

Il a été jugé que l'actionnaire n'avait pas un droit acquis au maintien de l'espèce de papier-valeur incorporant ses droits³¹⁶; de même ne peut-il faire valoir un droit acquis à garder son anonymat vis-à-vis de la société³¹⁷. On ne peut toutefois rien en déduire quant à la suppression éventuelle du droit au papier-valeur. Substituer un genre de papier-valeur à un autre n'est pas une mesure aussi grave que la suppression pure et simple de la faculté d'incorporer la qualité d'actionnaire dans un titre.

Le Code des obligations ne cite pas le droit au titre comme un exemple d'un droit acquis. Le message du Conseil fédéral à l'appui de la révision des titres 24 à 33 du Code fédéral des obligations se borne à indiquer que la conversion d'actions nominatives en actions au porteur ou vice versa peut aussi résulter d'une révision ultérieure des statuts, attendu qu'aucun droit acquis n'est en jeu³¹⁸. Les travaux préparatoires ne font aucune autre allusion au droit à un titre d'action.

Dans ces conditions, il appartenait à la doctrine de proposer une solution. Bürgi³¹⁹ constate que l'opinion dominante suisse est en faveur d'un droit relatif de l'actionnaire à un titre d'action. Schluep³²⁰ constate qu'il s'agit d'un droit acquis de l'actionnaire. Forrer³²¹ estime que le droit au papier-valeur ne constitue jamais un droit acquis absolu de l'actionnaire. La doctrine admet ainsi généralement un droit acquis de l'actionnaire à un titre sous forme de papier-valeur.

Reste à savoir s'il s'agit d'un droit acquis absolu ou relatif, en d'autres termes si, suivant la définition que nous avons donnée de ce dernier³²², il peut être supprimé en raison d'un intérêt impérieux de la société. Une telle mesure peut être justifiée parce qu'elle permet de rendre plus difficile le transfert du sociétariat, sans toutefois l'exclure. Cependant, Schluep³²³ fait remarquer que l'institution de l'action nominative liée protège suffisamment la société à cet égard, encore que la théorie de la dissociation des droits de l'actionnaire adoptée par le Tribunal fédéral³²⁴ affaiblisse aujourd'hui cette protection. D'autres mesures sont aussi à la disposition de la société pour assurer une stabilité de ses actionnaires. Pensons aux liens de nature contractuelle résultant de la création de syndicats d'actionnaires ou même aux dispositions statutaires

³¹⁶ SJZ 1948 pp. 175 ss, notamment 179.

³¹⁷ SJZ 1948 pp. 175 ss, notamment 179.

³¹⁸ Message du Conseil fédéral, p. 24.

³¹⁹ Bürgi, Commentaire, Rem. prél. ad art. 683-387 CO, note 22 et les références de doctrine citées par cet auteur.

³²⁰ Schluep, p. 116.

³²¹ Forrer, p. 161.

³²² *Supra*, p. 66.

³²³ Schluep, p. 116.

³²⁴ Arrêt Häring contre Beglinger, du 11 juin 1957, ATF 83 II pp. 297 ss, JT 1958 I pp. 473 ss; Arrêt Häring contre Wortmann, du 7 juillet 1964, ATF 90 II pp. 235 ss, JT 1965 I pp. 138 ss.

qui prévoient l'institution, en faveur des autres actionnaires de la société, d'un droit de préemption sur les actions.

Toutefois, le droit de l'actionnaire à un titre sous forme de papier-valeur n'est pas assez important pour qu'une disparition de ce droit paraisse d'emblée exclue. Lorsque l'intérêt social l'exige impérieusement, ce droit peut être supprimé dès l'instant où les intérêts de tierces personnes ne peuvent être touchés, du fait que les titres ne sont pas émis. La protection du titulaire d'un droit réel restreint, créancier gagiste ou usufruitier, n'impose pas d'autre solution, les droits d'actionnaire n'étant pas matérialisés dans un papier-valeur. Ainsi il n'y a pas lieu de tenir compte de la nécessité de protéger l'acquéreur de bonne foi, que le transfert du titre ait eu lieu en pleine propriété, ou pour constituer un droit réel restreint.

L'actionnaire n'est matériellement pas affecté dans son sociétariat par une décision de supprimer le titre d'action sous forme de papier-valeur. Le statu quo sera maintenu pour ce qui est de la façon d'exercer et de transférer ses droits.

En ce qui concerne les modalités à suivre pour supprimer le droit au titre, on se rappellera que la doctrine dominante considère que les statuts originaux d'une société anonyme peuvent exclure l'émission d'un titre d'action sous forme de papier-valeur. En raison de la présomption de l'existence de titres d'action sous cette forme dans une société anonyme, il ne paraît pas admissible de supprimer le droit au papier-valeur de l'actionnaire par simple décision de l'assemblée générale, fût-elle prise à l'unanimité, sans modification simultanée des statuts.

Les procès-verbaux des assemblées générales d'une SA ne peuvent pas être consultés par quiconque. Après un délai de 10 ans, ils peuvent être détruits par la société. Le tiers non actionnaire de la société appelé à entrer en possession d'un titre d'action par suite d'une mise en gage des actions n'a ainsi pas la possibilité de se renseigner sur une particularité de la société pourtant importante et à laquelle il n'est pas censé s'attendre. Ne recevant pas de titres, il peut attribuer cette situation au fait que la société ne les a pas émis. Seuls les statuts d'une société, qui peuvent être consultés au Registre du commerce en tout temps et par quiconque, peuvent le renseigner.

2. Conclusion

Faute d'une clause statutaire contraire, l'actionnaire a un droit acquis relatif à voir son sociétariat incorporé dans un titre.

En raison de son caractère exceptionnel, l'abolition de ce droit doit faire l'objet d'une clause statutaire. L'acquéreur ultérieur d'actions d'une société qui aurait pris une telle décision sans modifier ses statuts pourrait réclamer en tout temps la remise d'un titre d'action sous forme de papier-valeur, sans possibilité pour la société de s'opposer à une telle demande. Il en serait ainsi

même dans l'hypothèse où la décision de l'assemblée générale aurait été prise à l'unanimité des actionnaires.

B. LES TITRES ONT ÉTÉ ÉMIS

1. *Le problème*

Il est arrivé, lors de conversions d'actions, que l'administration d'une société déclare nuls certains anciens titres introuvables et les remplace par de nouveaux titres remis à de nouveaux actionnaires ³²⁵.

Fréquents sont aussi les cas où certaines actions ne sont jamais représentées aux assemblées générales depuis des années ³²⁶. Si elles sont nombreuses, il peut devenir difficile de réunir les majorités qualifiées nécessaires pour prendre certaines décisions. Une seule action introuvable empêche d'ailleurs de prendre une décision qui requiert l'unanimité des actionnaires.

La création d'actions jumelées rend nécessaire une mesure de suppression des titres émis qui seront remplacés par un certificat d'actions ³²⁷.

Ces quelques exemples montrent que la société peut avoir intérêt à supprimer à ces actions leur qualité de papier-valeur.

La suppression de la qualité de papier-valeur des titres émis est possible en vertu de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la protection des papiers-valeurs et titres analogues par des mesures conservatoires, du 12 avril 1957 ³²⁸, qui institue une procédure d'invalidation et d'annulation simplifiée des titres. L'application de ces procédures n'exige pas nécessairement le consentement de l'intéressé, l'invalidation des titres étant de la compétence de l'administration de la société anonyme ³²⁹, et l'annulation simplifiée pouvant être décidée par la majorité simple des votants à l'Assemblée générale ³³⁰. Il s'agit là cependant de procédures exceptionnelles obéissant à des impératifs tout aussi exceptionnels.

En outre, la société peut supprimer la qualité de papiers-valeurs à des titres en circulation dans le cadre de la procédure de déchéance ³³¹, ou lorsque les titres émis sont nuls en vertu de la loi ³³².

³²⁵ Cf. Secrétan, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pp. 65 ss, notamment 66.

³²⁶ Cf. Secrétan, SAG 1946/47 pp. 29 ss.

³²⁷ Cf. *supra*, p. 60.

³²⁸ RS 531.55, cf. *supra*, p. 24.

³²⁹ Art. 2 de l'arrêté.

³³⁰ Art. 6 de l'arrêté.

³³¹ Art. 681 al. 2 CO, cf. *infra*, pp. 217 ss.

³³² Art. 644, 683 CO. Dans ces hypothèses, la doctrine admet toutefois que de tels titres puissent devenir valables si la société est par la suite inscrite au Registre du commerce, voire si l'action est intégralement libérée, le critère étant que cette façon de procéder ne menace pas la sécurité des transactions, cf. Siegwart, Commentaire ad art. 644 CO, note 4; Bürgi, Commentaire ad art. 683 CO, note 12.

Mises à part ces éventualités, la loi ne prévoit pas d'autres cas dans lesquels il serait possible de retirer de la circulation des titres émis sous forme de papiers-valeurs ³³³. Cela signifie-t-il qu'une telle possibilité n'existe pas ?

2. Les différents intérêts touchés

La décision de supprimer la qualité de papier-valeur mettra en cause un éventuel intérêt de la société à l'opération, mais elle concernera plus particulièrement l'actionnaire. Elle pourra aussi affecter les intérêts de tiers qui détiennent les papiers-valeurs en tant que titulaire d'un droit réel restreint, en d'autres termes l'usufruitier, créancier gagiste, ou simple bénéficiaire d'un droit de rétention.

a) L'intérêt de la société

Un intérêt impérieux permettant à la société de supprimer l'incorporation de la qualité d'actionnaire dans un titre contre la volonté de certains actionnaires n'existe pas en dehors des cas déjà relevés lorsque les titres circulent. Si des motifs peuvent exister d'autoriser une telle procédure, dans certaines circonstances spéciales, l'intérêt de la société à la mesure n'est jamais véritablement impérieux. Il ne sera jamais aussi important que le droit de l'actionnaire de voir maintenue l'incorporation de sa qualité sinon dans un papier-valeur de même espèce, du moins dans un titre de cette nature.

b) L'intérêt de l'actionnaire

La décision de supprimer le papier-valeur matérialisant la qualité d'actionnaire affecte en premier lieu l'actionnaire, sans qu'on puisse aller jusqu'à prétendre, comme on le fait souvent, qu'il est confectionné dans l'intérêt exclusif de ce dernier.

La pratique enseigne que l'incorporation des droits de l'actionnaire dans un papier-valeur est importante, pour l'actionnaire public ³³⁴ tout au moins. Il peut avoir placé des fonds en actions, dans l'idée qu'il pourrait les réaliser facilement en cas de besoin. La confiance dans le titre acquis peut difficilement être trahie par une décision de la société qui ôterait à celui-ci sa qualité de papier-valeur.

³³³ Contrairement au droit allemand où, en vertu des par. 73 et 226 AktG, la société peut demander à un tribunal (Registergericht) de prononcer l'annulation de titres devenus défectueux par suite d'une modification statutaire.

³³⁴ Sur cette notion, voir Hirsch, Rapport ZSR 1966, pp. 1 ss, notamment 5.

Cela est plus particulièrement vrai pour la suppression de titres d'action au porteur. Du fait que leur titulaire n'est pas convoqué à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur un tel objet par pli recommandé, mais par une simple publication dans la FOSC, la date d'une telle assemblée peut facilement lui échapper. L'actionnaire n'est ainsi pas en mesure de sauvegarder ses droits en introduisant en temps utile une action en annulation de la décision de l'assemblée générale.

La suppression d'un titre en circulation n'affecte certes pas l'existence du sociétariat de l'actionnaire, mais elle affaiblit sa situation à l'égard de la société dès l'instant où il ne sera plus en mesure de faire reconnaître sa qualité sur simple présentation du titre, muni éventuellement d'un endossement ou d'une cession.

Cette atteinte à la situation juridique de l'actionnaire, tant en ce qui concerne l'exercice de ses droits que leur transfert, apparaît comme trop grave pour qu'on puisse la lui imposer contre son gré.

c) L'intérêt des tiers

Il se peut que tous les actionnaires soient d'accord pour supprimer le titre sous forme de papier-valeur, mais qu'ils ne soient pas tous en mesure de restituer le titre du fait que des tiers ont des droits préférentiels sur lui.

Des créanciers gagistes les détiennent, sachant qu'au cas où l'actionnaire débiteur ne paierait pas sa dette, il leur suffirait de recourir à la procédure en réalisation de gage³³⁵ pour obtenir le paiement de leur créance. En possédant ces titres, ils ont la garantie que les mêmes droits ne peuvent, à leur détriment, être réalisés au profit d'autres créanciers. Or, la décision de l'assemblée générale de supprimer les titres d'action sous forme de papiers-valeurs leur ôterait précisément cette protection, si on lui attribuait un effet. Elle aurait alors pour conséquence de « retirer » en quelque sorte les droits d'actionnaire du titre. Cela ne paraît guère admissible eu égard à la nécessité de garantir la sécurité du commerce des titres d'action.

Certes, on peut invoquer, à l'encontre de cette argumentation, qu'étant donné l'unanimité nécessaire des actionnaires pour supprimer le titre d'action en tant que papier-valeur, elle ne peut être réunie. En effet, le créancier gagiste peut se réserver l'exercice de la prérogative sociale par excellence, le droit de vote, en se faisant remettre une procuration au moment de la mise en gage de l'action³³⁶. Il peut ainsi empêcher par un vote négatif à l'assemblée générale l'introduction dans les statuts d'une clause supprimant les titres d'action sous forme de papiers-valeurs. D'une façon tout à fait légitime, le créancier gagiste pourrait faire dépendre de la constitution d'un nouveau gage son accord à

³³⁵ Art. 151 LP ss.

³³⁶ Art. 689 al. 5, chif. 2 CO.

la mesure proposée. Celui-ci devrait respecter la forme requise pour l'engagement de droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur ³³⁷.

Toutefois, le créancier gagiste n'aura pas toujours cette faculté, mais la sécurité des transactions des papiers-valeurs ne souffre pas d'exception. Le détenteur du titre doit avoir la certitude que sans son assentiment, les droits incorporés dans le titre ne peuvent être séparés de celui-ci, si le titre doit conserver sa crédibilité. Celle-ci ne sera garantie que dans la mesure où on admettra que le titre d'action une fois émis ne peut plus être supprimé, hormis évidemment l'hypothèse d'une décision unanime des actionnaires suivie de la restitution de tous les titres en circulation, voire d'une procédure d'annulation pour les titres détruits ou perdus.

A l'encontre de ces considérations, on ne saurait non plus invoquer l'argument que le titre d'action sous forme de papier-valeur existe avant tout dans l'intérêt de l'actionnaire et dans une moindre mesure de la société ³³⁸, mais pas dans celui des tiers, fussent-ils créanciers gagistes. S'il s'agissait donc de supprimer le titre, les intérêts des tiers non actionnaires n'auraient pas à être pris en considération, parce qu'il serait fâcheux que le créancier gagiste d'un actionnaire ait le pouvoir de faire échec à une mesure qui, dans certaines circonstances spéciales, serait dans l'intérêt de la société ³³⁹. Comme nous l'avons vu, ces raisons ne seront jamais véritablement impérieuses lorsque ces titres circulent et ne peuvent, en aucun cas, l'emporter sur l'intérêt du créancier gagiste de voir l'incorporation des droits d'actionnaire dans le titre maintenue pendant la durée de son gage.

Pour soutenir une autre opinion, on ne saurait enfin tirer argument de la procédure de déchéance. Au cas où la société serait obligée de recourir à cette procédure, alors que des titres se trouvent chez un créancier gagiste, l'aboutissement de celle-ci aura certes pour effet d'annuler le titre, qu'il soit conçu comme un papier-valeur ou non. Toutefois, le créancier gagiste peut éviter ce résultat en libérant lui-même l'action à la place de son débiteur, d'où d'ailleurs son intérêt à être renseigné sur une telle procédure, ne serait-ce que par les publications dans la FOSC exigées par la loi pour les actions au porteur ³⁴⁰. L'intérêt de la société à la libération intégrale de son capital doit prévaloir sur toute autre considération alors qu'on ne saurait en dire autant de son intérêt à la suppression des titres.

³³⁷ *Infra*, pp. 183 ss.

³³⁸ Elle facilitera à la société l'examen de la légitimation de l'actionnaire à l'exercice des droits découlant de sa qualité, cf. aussi *infra*, p. 109.

³³⁹ *Supra*, pp. 58 ss.

³⁴⁰ Art. 682 al. 1 CO; ces publications n'apparaissent dès lors pas comme vides de sens, du fait que l'actionnaire est de toute façon connu, des titres au porteur ne pouvant être émis avant la libération intégrale des actions.

3. Conclusion

La suppression de la qualité de papiers-valeurs attachée à des titres d'action en circulation n'est possible que moyennant une décision unanime des actionnaires qui adoptent une modification statutaire prévoyant l'abolition des titres, ceux-ci devant en outre être restitués à la société. Les avantages d'un papier-valeur matérialisant la qualité d'actionnaire étant trop importants, il est justifié d'adopter ici une solution différente de celle où l'actionnaire ne dispose pas du titre le jour où le problème de la suppression de ce dernier se pose.

Aussi longtemps qu'il n'existe qu'une clause statutaire supprimant les titres, alors que ceux-ci sont toujours en circulation, les titres déploient leurs effets. La qualité d'actionnaire ne cesse d'être incorporée dans le titre qu'au moment où celui-ci est restitué à la société et non pas à l'instant où la décision de modifier les statuts prend effet, c'est-à-dire lors de son inscription au Registre du commerce. A notre avis, le préposé au Registre du commerce doit refuser cette inscription aussi longtemps qu'il n'a pas constaté la restitution à la société de tous les titres en circulation. Aucune contrainte directe ne pourra être exercée par la société pour obtenir la restitution des titres et elle ne pourra notamment pas en prononcer l'annulation ³⁴¹.

L'actionnaire qui céderait son titre à un tiers au lieu de le restituer à la société comme promis pourrait tout au plus être poursuivi en paiement de dommages-intérêts ³⁴², tandis que le tiers pourra toujours se mettre au bénéfice de sa bonne foi, à notre avis quelle que soit l'espèce de papier-valeur qu'il aura reçu pourvu que le transfert soit régulier en la forme. L'exigence de la sécurité en matière de transactions portant sur des titres qui incorporent des droits d'actionnaire ne permet pas une autre solution.

³⁴¹ *Supra*, p. 23.

³⁴² Par exemple en raison des frais engagés par la société en vue de la création d'actions jumelées, d'impression de titres de preuve, etc.

CHAPITRE V

Les sanctions du droit de l'actionnaire au titre

Ayant exposé les conditions dans lesquelles l'actionnaire a droit à un titre et dans quelles situations celui-ci peut lui être retiré, la façon dont ce droit est protégé doit maintenant être examinée. Nos développements porteront sur la protection de ce droit vis-à-vis de la société, mais aussi des tiers étrangers à celle-ci.

I. LES SANCTIONS A L'ÉGARD DE LA SOCIÉTÉ

A. LE TITRE DE PREUVE

1. *L'action en reconnaissance de la qualité d'actionnaire*

Le droit de l'actionnaire d'exiger de la société la délivrance d'un titre de preuve a son fondement dans la loi. Ce droit est lié à la qualité d'actionnaire et il doit être exercé contre la société. A ce droit de l'actionnaire correspond une obligation de la société. La confection du titre est du ressort du conseil d'administration³⁴³. Si la société refuse de procéder à la confection du titre de preuve, l'actionnaire doit disposer d'un moyen pour établir qu'il a cette qualité. L'ordre juridique doit lui conférer une protection. Celle-ci ne pourra en l'occurrence que consister en une action en reconnaissance de la qualité d'actionnaire, dont le principe doit être admis chaque fois qu'un besoin de protection se fait sentir³⁴⁴. C'est évidemment le cas pour le sociétariat de l'actionnaire³⁴⁵. L'objet de l'action et du jugement sera la constatation de l'existence ou de l'inexistence de la qualité d'actionnaire. Il fournira à l'actionnaire le moyen de preuve dont il a besoin pour exercer ses droits, lorsque la société lui refuse la remise d'un titre de preuve. Il pourra, le cas échéant, constituer le fondement indispensable pour une action condamnatoire tendant à obtenir de la société le paiement d'un dividende décidé par l'assemblée générale.

La constatation de la qualité d'actionnaire peut être demandée dès l'inscription de la société au Registre du commerce. En cas d'admission de la demande, le dispositif du jugement constatera le nombre d'actions dont le

³⁴³ Art. 622 al. 5 CO.

³⁴⁴ Guldener, p. 254.

³⁴⁵ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 480 ss, notamment 487.

demandeur est titulaire, leur espèce et éventuellement le montant libéré de celles-ci. Il pourra par ailleurs statuer que le demandeur doit être inscrit au registre des actions, lorsqu'il s'agit d'actions nominatives.

2. *L'action en dommages-intérêts*

L'action en reconnaissance de la qualité d'actionnaire que nous venons d'évoquer ne sauvegardera pas toujours intégralement les intérêts de l'actionnaire. En ne lui remettant pas de titre de preuve, la société viole un droit découlant de son sociétariat et peut de ce fait créer un dommage pour l'actionnaire. Le refus de la société d'établir un titre de preuve pourra lui causer un préjudice matériel, par exemple si une occasion de vendre un paquet d'actions ne peut être saisie pour cette raison.

Il appartient à l'administration de la société d'établir les titres ³⁴⁶. En refusant de remettre à l'actionnaire un titre de preuve de ses droits, l'administration viole la diligence qu'elle doit apporter à la gestion des affaires sociales ³⁴⁷ et engage, partant, sa responsabilité ³⁴⁸. L'actionnaire pourra réclamer aux administrateurs la réparation du dommage direct qu'il subit de ce fait.

Ce n'est cependant pas seulement contre les membres du conseil d'administration que l'actionnaire pourra intenter une action en paiement de dommages-intérêts, mais aussi contre la société elle-même. Celle-ci répond des actes et omissions de ses organes ³⁴⁹. Le principe d'une action en dommages-intérêts pour défaut de délivrance d'un titre à l'encontre de la société doit donc être admis ³⁵⁰. La carence de celle-ci peut constituer, suivant les circonstances, une violation du contrat de société.

L'actionnaire jouit de ce fait d'un concours d'actions. Les membres du conseil d'administration répondent solidairement de la réparation du dommage causé à l'actionnaire ³⁵¹. A leur égard, l'action se prescrit par cinq ans ³⁵², alors que celle dirigée contre la société, de nature contractuelle, se prescrit par dix ans ³⁵³.

Au choix de l'actionnaire le for sera au domicile du ou des défendeurs, ou au siège de la société ³⁵⁴, lorsque l'action est dirigée contre les membres

³⁴⁶ Art. 622 al. 5 CO.

³⁴⁷ Art. 722 al. 1 CO.

³⁴⁸ Art. 754 CO.

³⁴⁹ Art. 55 CC.

³⁵⁰ Wieland, A., SJZ 1947 pp. 106 ss et pp 117 ss, n'admet le principe d'une action en dommages-intérêts de l'actionnaire contre la société que dans l'hypothèse où elle n'a pas pour effet direct de violer l'art. 680 al. 2 CO au détriment des créanciers sociaux.

³⁵¹ Art. 759 CO.

³⁵² Art. 760 al. 1 CO.

³⁵³ Art. 127 CO.

³⁵⁴ Guhl/Merz/Kummer, p. 656.

du conseil d'administration. Le for obligatoire pour l'action intentée à la société elle-même est au siège de celle-ci.

Il sera nécessaire pour l'actionnaire d'établir l'existence d'un dommage, le lien de causalité adéquat entre ce dommage et le comportement de la société, et l'illicéité de la carence de l'administration, alors que celle-ci aura à établir qu'elle n'a point commis de faute en ne délivrant pas de titre³⁵⁵, étant entendu qu'une simple négligence suffit pour engager sa responsabilité.

Le dommage et le lien de causalité adéquat existent lorsque l'actionnaire établit que son patrimoine se serait accru s'il avait pu vendre en temps voulu ses droits d'actionnaire, et que cette vente a échoué en raison de l'inexistence d'un titre de preuve. L'illicéité de l'attitude de l'administration ne doit point être admise, du seul fait que les titres n'existent pas, mais seulement lorsque après sommation, ils ne sont pas créés et remis dans un délai approprié à l'actionnaire. Rappelons qu'aucune disposition légale ne prescrit formellement à la société anonyme d'émettre des titres.

L'administration pourra se disculper par exemple si le délai imparti a été manifestement trop court. Des critères précis ne peuvent être fixés, car ils dépendent du cas d'espèce. On se montrera probablement plus strict au début de la vie d'une société. En effet, l'administration doit alors s'attendre à ce qu'un actionnaire exige la remise de titres, ne fût-ce que sous forme de titres de preuve, alors qu'elle ne doit pas nécessairement compter sur cette éventualité après plusieurs années, durant lesquelles les actionnaires se sont accommodés de l'absence de titres.

B. LE PAPIER-VALEUR

1. *L'action en délivrance du titre*

a) Les conditions de l'exercice de l'action

Toutes les fois qu'à un droit de l'actionnaire correspond une obligation de la société qui n'a pas sa cause dans la décision d'un organe, une action en exécution doit lui être reconnue³⁵⁶. Il en est ainsi du droit de l'actionnaire au titre³⁵⁷ sous forme de papier-valeur.

La demande tendra à l'exécution d'une obligation de faire de la société³⁵⁸. Cependant l'existence de cette obligation dépendra en partie de la réalisation de conditions autres que celles d'une action en reconnaissance de la qualité d'actionnaire.

³⁵⁵ Art. 97 al. 1 CO.

³⁵⁶ Schluep, SJZ 1958 pp. 209 ss, notamment 214.

³⁵⁷ Schluep, p. 468; Weiss, Commentaire, Introduction, note 236.

³⁵⁸ Art. 98 al. 1 CO.

En premier lieu, l'action ne peut être exercée que dans l'hypothèse où les statuts n'ont pas supprimé ce droit de l'actionnaire³⁵⁹. De plus, lorsque l'actionnaire exige la remise d'un titre au porteur, il doit fournir la preuve que l'action a été intégralement libérée³⁶⁰.

Si la société établit qu'il existe un titre incorporant la qualité d'actionnaire et que celui-ci n'a pas pu être annulé judiciairement, la demande peut être écartée. Dans ce cas, la société n'a pas l'obligation de remettre de nouveaux titres, mais elle peut le faire, si les actions ont disparu³⁶¹.

Sous ces réserves, l'obligation de la société de remettre à l'actionnaire un titre incorporant ses droits est exigible en tout temps dès l'inscription de la société au Registre du commerce, mais seule l'interpellation de l'actionnaire mettra la société en demeure d'exécuter cette obligation³⁶².

Le demandeur à l'action qui devra obligatoirement agir au for du siège de la société, et ne pourra actionner que celle-ci, aura à établir qu'il a dûment mis en demeure la société de lui délivrer un titre.

La possession d'un titre de preuve de la qualité d'actionnaire n'exclut pas *eo ipso* l'exercice de l'action en délivrance d'un titre valant papier-valeur, en raison de l'intérêt que revêt un tel titre pour l'actionnaire quant à l'exercice et au transfert de ses droits.

Mais, en revanche, la possibilité d'intenter à la société une action en délivrance d'un titre d'action valant papier-valeur exclut une action en reconnaissance de la qualité d'actionnaire dès l'instant où, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a en principe pas de place pour celle-ci lorsqu'une action condamnatoire est possible³⁶³.

b) Le prononcé judiciaire et l'exécution forcée

Dans cette instance en exécution d'une obligation sociale, le juge examinera si la société s'est opposée à tort à la demande de l'actionnaire ou si au contraire elle avait des raisons légitimes de ne pas y donner suite. Ces raisons peuvent être de nature matérielle³⁶⁴, ou formelle³⁶⁵. En cas d'admission de la demande, le juge condamnera la société à établir les titres dans un délai déterminé.

³⁵⁹ *Supra*, pp. 70 ss.

³⁶⁰ Art. 683 al. 1 CO.

³⁶¹ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss, notamment 286-287.

³⁶² Art. 102 al. 1 CO.

³⁶³ Arrêt Herold contre AG Bündner Kraftwerke, du 5 juillet 1955, ATF 81 II pp. 462 ss, JT 1956 I pp. 244 ss, notamment 247.

³⁶⁴ Arrêt Institut central des sociétés financières contre Union Nasic SA, Arrêt du Tribunal fédéral du 27 février 1968, SJ 1969 pp. 433 ss.

³⁶⁵ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

Le jugement ne déploiera d'effet que pour l'actionnaire ayant intenté l'action. Contrairement au jugement annulant une décision de l'assemblée générale, les autres actionnaires ne pourront s'en prévaloir ³⁶⁶.

La nature de la prestation exigée implique qu'elle n'est susceptible que d'une contrainte indirecte. D'office ³⁶⁷, le dispositif du jugement devra être assorti de la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, mentionnées expressément ³⁶⁸. L'injonction judiciaire ne s'adressera pas à la société en tant que telle, mais à ses organes ³⁶⁹. Rien n'empêche qu'en cas de première désobéissance, un nouveau délai soit fixé à la société et l'ordre de la justice assorti une nouvelle fois de la menace des peines de l'art. 292 CP ³⁷⁰.

S'agissant d'une obligation de faire de la société, on doit se demander si l'actionnaire peut être autorisé par le juge à faire établir le titre aux frais de la société ³⁷¹.

En d'autres termes, un tiers peut-il, sur ordre judiciaire, suppléer à la carence de la société ? Schluep ³⁷² est d'avis que les titres peuvent être confectionnés aux frais de la société par les soins d'un tiers, dans la mesure où il s'agit de les imprimer.

Certes, la signature d'un administrateur reproduite par voie mécanique peut alors être suffisante, l'usage admettant ce procédé pour les titres d'action lorsqu'ils doivent être émis en grand nombre ³⁷³. Le concours direct d'un administrateur ne sera donc pas indispensable. Mais il se peut que les statuts prescrivent une signature manuscrite ³⁷⁴.

On pourrait être tenté de justifier la possibilité que des tiers puissent confectionner des titres d'action en cas de refus de la société, en citant l'exemple des certificats d'actions émis par des organismes étrangers à la société et dont ils sont censés représenter les actions ³⁷⁵. Ce serait oublier que de tels titres n'incorporent en réalité pas la qualité d'actionnaire, mais seulement un droit de créance contre l'organisme émetteur permettant d'obtenir des prestations pécuniaires de celui-ci ou, le cas échéant, la livraison de titres de la société concernée. On ne peut donc en tirer argument pour affirmer que des tiers

³⁶⁶ Art. 706 al. 5 CO.

³⁶⁷ Arrêt Narok AG contre Müller, du 9 mai 1961, ATF 87 II pp. 107 ss, JT 1961 I pp. 589 ss, notamment 591.

³⁶⁸ Arrêt Sodibel SA contre Sodip SA, du 28 mai 1969, ATF 95 II pp. 456 ss, notamment 460.

³⁶⁹ Arrêt Cataphote Corporation contre Jenser Glaswerk Schott et Gen, du 14 juillet 1970, ATF 96 II pp. 257 ss, notamment 262, JT 1971 I pp. 600 ss.

³⁷⁰ Arrêt Stämpfli contre Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Stadt, du 3 septembre 1948, ATF 74 IV pp. 105 ss, notamment 107.

³⁷¹ Art. 98 al. 1 CO.

³⁷² Schluep, p. 269.

³⁷³ Art. 14 al. 2 CO.

³⁷⁴ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 47.

³⁷⁵ Cf. *supra*, p. 49.

peuvent être autorisés à confectionner des titres d'une société qui refuse de les établir elle-même.

Dès l'instant où il est indifférent pour la validité du titre d'action de savoir de quelle manière les signes qui lui donnent un sens déterminé sont apposés sur lui, tout le problème réside dans l'importance à accorder au défaut de signature de l'obligé, la société.

Pour Jäggi, la signature n'est pas un élément essentiel du papier-valeur³⁷⁶, mais il admet que pour les plus importants le législateur l'exige, tel pour le titre d'action³⁷⁷. Dans l'esprit du législateur, cette exigence doit protéger la société et contribuer à la sécurité du commerce des titres d'action. On doit en conclure que les titres d'action ne peuvent pas valablement être confectionnés sans signature de la société. Comme Siegwart³⁷⁸ l'a relevé, l'exigence d'une signature ne va pas de soi sur un papier-valeur déclaratif, comme le titre d'action, exigence d'ailleurs ignorée dans l'ancien code. Le simple fait que le législateur mentionne cette exigence atteste qu'elle est impérative.

Certes, la société peut ainsi violer les dispositions légales en la matière, et le droit au titre sous forme d'un papier-valeur risque de rester lettre morte. Toutefois ce danger est minime eu égard à la possibilité pour le demandeur à l'action en délivrance du titre d'exiger *ad infinitum* l'application de sanctions pénales³⁷⁹, c'est-à-dire jusqu'à l'exécution par la société de l'obligation de remettre le titre.

2. L'action en dommages-intérêts

Nos considérations touchant la faculté qu'a l'actionnaire d'introduire une action en dommages-intérêts en cas de refus de la société de lui délivrer un titre de preuve sont également valables pour le cas où il n'obtient pas en temps utile un titre sous forme de papier-valeur, et subit de ce fait un dommage. Une action contre les administrateurs responsables et la société elle-même est possible³⁸⁰.

Ajoutons que le préjudice peut exister alors même qu'il possède éventuellement un titre de preuve de ses droits. Le dommage n'a alors pas son origine dans l'impossibilité où peut se trouver l'actionnaire d'établir son sociétariat, mais dans l'importance que revêt l'incorporation de ceux-ci dans un papier-valeur. Une vente d'actions pourra échouer du fait que les droits de l'actionnaire ne sont pas matérialisés dans un papier-valeur. L'acquéreur de tels droits devra en effet prendre en considération de sérieux inconvénients. Il ne lui

³⁷⁶ Jäggi, Commentaire ad art. 965 CO, note 252.

³⁷⁷ Art. 622 al. 5 CO.

³⁷⁸ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 48.

³⁷⁹ Art. 292 CP.

³⁸⁰ Cf. *supra*, p. 88.

sera pas possible d'obliger la société à lui reconnaître la qualité d'actionnaire sur simple présentation de son titre, ce qui compliquera l'exercice de ses droits. Il devra se soucier de l'acquisition légitime, par les précédents titulaires ³⁸¹, des droits qu'il entend acquérir.

La situation de l'actionnaire sans titre comporte à maints égards des aléas auxquels n'est pas exposé l'actionnaire dont les droits sont incorporés dans un papier-valeur, ce qui peut motiver la réticence d'un acheteur potentiel à l'égard de l'acquisition de tels droits.

3. *L'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale*

a) Les conditions de l'exercice de l'action

Les statuts originaux peuvent exclure le droit au titre d'action sous forme de papier-valeur ³⁸². Ce droit peut aussi être supprimé par une modification statutaire adoptée ultérieurement, pour autant que des titres ne soient pas en circulation au moment où la décision est prise ³⁸³ ou que tous les actionnaires aient donné leur accord et soient en mesure de restituer les titres lorsque ceux-ci circulent.

Lorsque la décision de supprimer les titres respecte l'exigence d'une modification statutaire ³⁸⁴, il ne se justifie pas de s'écarter du principe général qui veut qu'une décision de l'assemblée générale soit simplement annulable, la nullité étant l'exception ³⁸⁵. Peu importent les conditions dans lesquelles intervient la décision. Dès lors, tout tiers appelé à entrer en contact avec la société peut, en consultant les statuts, se rendre compte qu'il s'agit d'une société anonyme présentant la particularité d'avoir renoncé à émettre des titres d'action.

Lorsqu'une modification statutaire viole un droit acquis relatif de l'actionnaire, tel le droit au titre sous forme d'un papier-valeur, l'actionnaire peut

³⁸¹ *Infra*, p. 150.

³⁸² *Supra*, pp. 74.

³⁸³ *Supra*, pp. 76 ss.

³⁸⁴ Une simple décision de l'assemblée générale de supprimer la faculté d'émettre des titres sous forme de papiers-valeurs, sans modification correspondante des statuts, serait entachée de nullité parce qu'elle est contraire aux règles de la bonne foi et constitue une violation des intérêts de futurs actionnaires, ce qui motive cette sanction (cf. Patry, *Mélanges Roger Secrétan* pp. 227 ss, notamment 234-235; Schucany, *Commentaire ad Art. 706 CO*, note 2). Cette mesure représente la seule possibilité de protéger les futurs actionnaires de la société, qui peuvent ignorer la décision puisqu'elle ne se fonde pas sur une disposition statutaire. Ni l'intérêt de la société, ni celui des tiers ne commandent une autre solution. Comme la décision ne pourra donc déployer aucun effet vis-à-vis de l'actionnaire qui s'y est opposé, pas plus que vis-à-vis de celui qui y a consenti, chaque sociétaire pourra en tout temps, au besoin par l'action en délivrance du titre, exiger de la société l'incorporation de sa qualité dans un papier-valeur.

³⁸⁵ Schluep, p. 278.

attaquer en justice la décision de l'assemblée générale³⁸⁶. La demande de l'actionnaire aura pour but d'obtenir, avec effet *ex tunc*, l'annulation d'une décision présumée valable. Contrairement à une action en nullité, la qualité pour agir n'appartient qu'à l'actionnaire et à l'administration et son exercice sera soumis à un délai de forclusion³⁸⁷.

La qualité pour défendre à une action en annulation appartient exclusivement à la société et non point à la majorité des actionnaires ayant voté pour la suppression de la faculté d'émettre des titres. L'actionnaire qui n'a pas consenti à la modification statutaire abolissant l'institution du titre d'action sous forme de papier-valeur n'a pas d'autre choix que d'ouvrir action contre la société s'il ne veut pas supporter les conséquences de la décision de l'assemblée. Son intérêt juridique à l'annulation de la décision est évident dès l'instant où celle-ci modifie fondamentalement l'exercice et le transfert de ses droits pour l'avenir. Cet intérêt juridique existe alors même que l'actionnaire n'a pas participé au vote ou n'a même pas assisté à l'assemblée en cause. Ni dans un cas ni dans l'autre, il n'est forcloé dans son droit de demander au juge l'annulation de la décision³⁸⁸.

Par contre, on doit considérer que cet intérêt est inexistant et, partant, que l'actionnaire n'est pas admis à exercer l'action formatrice de l'art. 706 CO lorsqu'il a expressément ou tacitement consenti à la décision incriminée, par exemple en détruisant des titres confectionnés. Le fait de ne pas avoir demandé pendant de nombreuses années la remise d'un titre ne saurait cependant constituer un tel consentement, attendu qu'aucune disposition légale ne prescrit à la société l'émission de titres lorsqu'une telle demande ne lui est pas présentée par l'actionnaire³⁸⁹.

b) Les effets de l'action en annulation

Après l'expiration du délai péremptoire de deux mois, à compter de la date de l'assemblée générale qui a adopté la modification des statuts supprimant la faculté d'émettre des titres d'action, l'actionnaire qui n'y aurait pas consenti et se serait abstenu d'attaquer la décision devra se soumettre à la volonté de la majorité et ne pourra plus exiger de la société la remise d'un titre sous forme de papier-valeur. Sa demande se heurtera au fondement statutaire supprimant dans la société l'institution du titre d'action sous forme d'un papier-valeur.

L'admission de l'action en annulation profitera à l'ensemble des actionnaires³⁹⁰. Elle annulera la modification statutaire avec effet *ex tunc*. Chaque

³⁸⁶ Art. 706 CO; Schluep, p. 286.

³⁸⁷ Art. 706 al. 4 CO.

³⁸⁸ Arrêt Bachmann contre Bachmann et C^{ie} SA, du 17 février 1948, ATF 74 II pp. 41 ss, notamment 43, JT 1949 I pp. 11 ss.

³⁸⁹ *Supra*, p. 37.

³⁹⁰ Art. 706 al. 5 CO.

actionnaire pourra s'en prévaloir pour exiger la remise d'un titre, alors qu'il aura peut-être personnellement consenti à la décision de le supprimer et qu'il s'en sera désintéressé auparavant pendant de longues années.

Inversement cependant, le déboutement d'un actionnaire n'enlèvera pas à un autre la possibilité de poursuivre de son côté une autre action ayant le même objet. Si, pour des faits qui lui sont propres, il a plus de chances dans son procès, le premier actionnaire débouté pourra profiter du fait que l'action du second a abouti et exiger de la société la remise d'un titre d'action.

L'exécution d'une décision de l'assemblée générale ne pourra être suspendue par l'introduction d'une action en annulation dirigée contre celle-ci. L'application de la décision de la société peut entraîner des inconvénients pour l'actionnaire, même en considérant que cette décision n'a qu'une validité provisoire et que le jugement d'annulation déploie un effet *ex tunc*. Pendant toute la litispendance de l'action en annulation, la qualité d'actionnaire ne pourra plus être incorporée dans un titre, l'actionnaire étant réduit à se contenter d'un simple titre de preuve.

Pareil effet ne se produit cependant que si la modification statutaire est inscrite sur le Registre du commerce. L'actionnaire peut-il éviter une atteinte provisoire à son droit de voir sa qualité incorporée dans un titre, en empêchant cette inscription ?

Le Tribunal fédéral a jugé, en confirmant une jurisprudence antérieure³⁹¹, que le droit fédéral ne conférait pas à l'actionnaire le droit d'obtenir une interdiction provisionnelle d'une inscription au Registre du commerce³⁹². Il estime que le droit de procédure cantonal est déterminant. Si celui-ci ne contient pas de disposition à cet égard, il ne sera pas possible aux termes de cette jurisprudence d'empêcher l'inscription d'une modification statutaire au Registre du commerce en recourant à une mesure provisionnelle interdisant cette inscription. Une modification statutaire déploiera alors ses effets à titre provisoire jusqu'à droit jugé sur une action en annulation.

Cela ne paraît guère satisfaisant pour une application uniforme du droit fédéral. Quelle que soit l'attitude que l'on adopte à l'égard de la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière — pour notre part nous ne saurions en approuver le principe — le Canton de Genève a résolu le problème, ainsi que le fait remarquer le professeur Patry³⁹³. Une disposition de la loi de procédure civile place dans la compétence du Tribunal de 1^{re} Instance l'obtention de toutes mesures provisionnelles en matière de contestations concernant le Registre du commerce³⁹⁴.

³⁹¹ SJZ 1940/41, p. 12, SAG 1940/41, pp. 14 ss.

³⁹² Arrêt SA pour la protection juridique en matière de fusion contre Ursina Frank SA, du 3 septembre 1971, ATF 97 II pp. 185 ss, JT 1972 I p. 649-650.

³⁹³ Patry, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 19, p. 30-31.

³⁹⁴ Art. 25 A al. 2 LPC.

Le droit fédéral confère à l'actionnaire la possibilité de s'opposer à une inscription au Registre du commerce ³⁹⁵. Le plaideur agissant contre une société ayant son siège dans le Canton de Genève peut, en invoquant la disposition légale précitée de la LPC, faire assortir cette opposition d'une mesure provisionnelle. Il lui est ainsi possible de suspendre l'effet de la décision de l'assemblée générale jusqu'à droit jugé sur l'action en annulation. L'actionnaire peut, de cette façon, comme par le passé, exiger la délivrance de titres, en dépit de l'existence d'une décision de supprimer ce droit.

Cela n'est pas satisfaisant dès l'instant où, une fois le titre émis, la société ne pourra plus le retirer de la circulation, sauf circonstances spéciales ³⁹⁶. On arrivera à ce résultat étrange qu'en cas de rejet de l'action en annulation de la décision de l'assemblée générale, un actionnaire aura pu mettre à néant les effets de celle-ci en demandant la délivrance d'un titre. Il illustre le danger de mesures provisionnelles trop facilement accordées ayant pour effet de rendre impossible l'exécution d'une décision, peut-être régulièrement prise.

Priver l'actionnaire de la faculté de demander la délivrance d'un titre pendant toute la durée de l'instance en annulation — elle peut durer longtemps — est moins choquant qu'accepter l'éventualité qu'un actionnaire puisse d'emblée rendre illusoire l'exécution d'une décision peut-être régulièrement prise et dans l'intérêt de la société.

La situation irréversible que crée l'émission d'un titre matérialisant la qualité d'actionnaire appelle le postulat que la modification statutaire supprimant le droit de l'actionnaire d'exiger un titre matérialisant sa qualité doit pouvoir être inscrite au Registre du commerce en toutes circonstances. N'oublions pas qu'une telle inscription pourra être radiée par la suite, si un jugement constate que la modification statutaire a été décidée alors qu'aucun intérêt impérieux de la société n'imposait la décision prise.

* * *

II. LES SANCTIONS A L'ÉGARD DES TIERS

A. LE TITRE DE PREUVE

La nécessité d'assurer une telle protection n'apparaît pleinement que pour le papier-valeur, non en revanche pour le titre de preuve qui se trouverait entre les mains d'une personne qui n'y a pas droit. En effet, la possession d'un tel titre crée certes, à l'instar du papier-valeur, une présomption de la qualité d'actionnaire, mais cette présomption est réfragable.

³⁹⁵ Art. 32 al. 2 ORC.

³⁹⁶ Art. 644, 683, 688 al. 1 CO, 681 al. 2 CO.

Il suffirait au cessionnaire de droits d'actionnaire de présenter la déclaration de cession pour infirmer les droits du possesseur du titre de preuve et faire la démonstration que celui-ci n'est en réalité plus le titulaire des droits d'actionnaire. Dans le cas contraire, il succombera au procès contre le légitime titulaire, à moins de pouvoir établir l'irrégularité de l'acte de cession.

L'actionnaire disposant d'un titre de preuve n'a rien à craindre de la part de la société, si ce titre tombe entre les mains d'une personne qui n'y a pas droit. La société peut engager sa responsabilité, si elle se fie à la seule possession du titre de preuve pour reconnaître à une personne la qualité d'actionnaire, à moins qu'elle ne soit en présence du souscripteur de l'action. En l'absence d'une notification de la cession des droits d'actionnaire³⁹⁷ par le cédant, elle peut exiger la présentation d'un acte de cession des droits³⁹⁸.

Une réserve doit être faite dans l'hypothèse où la société aurait émis un titre de légitimation de la qualité d'actionnaire³⁹⁹. Elle serait alors en droit de considérer comme actionnaire quiconque lui présente le titre. Elle pourrait bien entendu exiger la présentation d'un acte de cession, mais ne serait pas obligée de le faire, d'où un danger pour le titulaire légitime, si un tel titre tombe entre les mains d'une personne qui n'y a pas droit. L'actionnaire dépossédé pourra, pour parer à ce danger, remettre à la société une déclaration authentique ou dûment légalisée, constatant l'annulation du titre⁴⁰⁰.

Mentionnons enfin que toute délivrance d'un titre de preuve à une personne qui n'a pas qualité d'actionnaire engage, à condition qu'elle cause un dommage au véritable titulaire, la responsabilité de l'auteur de ce dommage, à savoir la société, au même titre que s'il s'agissait de la remise d'un papier-valeur à un non-actionnaire⁴⁰¹.

B. LE PAPIER-VALEUR

Lorsqu'un titre d'action ayant la qualité de papier-valeur est détenu indûment par un tiers, il convient d'envisager séparément les hypothèses où la qualité d'actionnaire a été incorporée dans un titre au porteur, ou à ordre, ou encore dans un titre nominatif. La situation de l'actionnaire dépossédé de son titre, ou qui ne l'a jamais reçu en raison du fait que le titre a été remis à une personne qui n'a pas la qualité d'actionnaire, sera différente suivant l'espèce de titre émis par la société.

³⁹⁷ Art. 167 CO.

³⁹⁸ *Infra*, p. 150.

³⁹⁹ *Supra*, pp. 41-42.

⁴⁰⁰ Art. 90 al. 1 CO.

⁴⁰¹ *Cf. infra*, p. 98.

1. *L'actionnaire ne dispose pas d'un titre au porteur*

La personne qui n'a pas la qualité d'actionnaire, mais reçoit par erreur de la société un titre d'action, ne peut en déduire aucun droit alors même qu'elle serait de bonne foi⁴⁰². Toutefois, du fait que la qualité d'actionnaire a été incorporée dans un titre au porteur, un acquéreur ultérieur de celui-ci sera protégé dans son acquisition, non pas en vertu de la protection de la bonne foi accordée par le droit des papiers-valeurs aux titres au porteur⁴⁰³, mais en vertu de la protection de la bonne foi de l'acquéreur d'une chose mobilière accordée par les droits réels⁴⁰⁴. Cette bonne foi suppléera à l'absence éventuelle du droit de disposer du titre⁴⁰⁵; mais une faute même légère commise par l'acquéreur du titre lui fera perdre cette protection⁴⁰⁶.

L'actionnaire qui a été dépossédé de son titre est en mesure d'engager la procédure d'annulation⁴⁰⁷ pour se protéger contre une éviction par un tiers.

Qu'en est-il alors de la protection du souscripteur de l'action auquel la société n'a pas, par erreur, remis le titre qui devait normalement lui revenir? Il ne semble guère satisfaisant de ne lui attribuer qu'une action en dommages-intérêts contre la société. On admet alors que le souscripteur peut être privé de son sociétariat sans autre sanction qu'une réparation pécuniaire. Lui attribuer la faculté de réclamer à son tour un titre à la société revient à créer des actions en surnombre, solution qui, pour des raisons évidentes, doit être écartée.

Il ne reste finalement que la possibilité de permettre au souscripteur de demander l'annulation du titre, mais comme il ne l'a jamais possédé, une condition essentielle⁴⁰⁸, pour recourir à cette procédure, n'est pas réalisée. Si on veut protéger le souscripteur d'une éviction de son sociétariat par un tiers, on n'a pas d'autre choix que de faire abstraction de cette condition en préconisant une application par analogie de la procédure d'annulation.

Cela sera en effet le seul moyen d'empêcher que l'ayant droit du titre ne perde définitivement ses droits en raison du transfert de celui-ci à un tiers de bonne foi, si on se rallie à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la possession d'un titre au porteur crée une présomption de légitimation absolue⁴⁰⁹. Rappelons toutefois que cette jurisprudence a été rendue à propos

⁴⁰² Art. 979 al. 1 CO; Jäggi, Commentaire ad art. 979 CO, note 38.

⁴⁰³ A cet égard Jäggi estime que l'art. 979 CO ne peut être invoqué que dans la mesure où le titre au porteur incorpore une simple créance de l'actionnaire, cf. Commentaire ad art. 979 CO, note 82.

⁴⁰⁴ Art. 933 ss CC.

⁴⁰⁵ Arrêt Lüthi-Rose contre Schweizerische Spar- und Kreditbank et Dame Trepp, du 14 juin 1955, ATF 81 II pp. 339 ss, JT 1955 I pp. 174 ss, notamment 177.

⁴⁰⁶ Arrêt Turconi contre Chevreux de la Cour de Justice civile de Genève, du 13 avril 1954, SJ 1955 pp. 297 ss, notamment 303, confirmé par l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 septembre 1954, SJ 1957, p. 239-240.

⁴⁰⁷ Art. 971 ss, CO, 981 ss CO.

⁴⁰⁸ Art. 981 al. 3 CO.

⁴⁰⁹ Arrêt Union de Banques Suisses contre SI rue de Lausanne 51 SA, du 27 mars 1958, ATF 84 II, pp. 281 ss, SJ 1959 pp. 265 ss, JT 1959 I p. 159.

d'obligations hypothécaires au porteur, incorporant une créance et non un sociétariat. Appliquée telle quelle au titre au porteur matérialisant des droits d'actionnaire, elle peut conduire à une violation de dispositions impératives du droit de la SA, ainsi que nous l'avons déjà relevé ⁴¹⁰.

Quelle que soit la portée de l'arrêt Union de Banques Suisses contre SI rue de Lausanne 51 SA ⁴¹¹, la solution du Tribunal fédéral doit en tout cas être nuancée lorsqu'on est en présence d'une émission d'actions en surnombre ⁴¹², car elle conduirait alors à des situations inextricables. Nous pensons qu'en tout état de cause le Tribunal fédéral part de l'hypothèse qu'il y a eu effectivement incorporation du droit au titre au moment de son émission, ce qui n'est pas le cas pour tous les droits d'actionnaire, lorsque l'on est en présence d'une émission d'actions en surnombre, voire de deux émissions successives pour les mêmes actions. Il ne peut en effet exister qu'un titre valant papier-valeur par action.

On peut certes admettre, en accord avec M^{me} Lewin ⁴¹³ et dans le but de protéger le souscripteur de l'action, que toute remise de titre à un non-actionnaire aura pour effet de ne pas incorporer la qualité d'actionnaire au titre, mais cela semble inacceptable pour la sécurité des transactions portant sur des papiers-valeurs. Sans raison véritablement impérieuse, il est bon de ne pas porter atteinte à ce principe.

On assurera au souscripteur la protection nécessaire, en admettant qu'il puisse recourir à la procédure d'annulation alors même qu'il n'a jamais possédé le titre parce qu'il ne l'a pas reçu lors de l'émission. Ayant établi que le titre a été perdu, détruit ou qu'il ne l'a jamais reçu, l'actionnaire pourra obtenir du juge la fixation d'un délai pour la présentation du titre, ainsi qu'une interdiction d'exercer les droits d'actionnaire qui s'adressera à la société ⁴¹⁴. Dès cet instant, il sera protégé contre l'exercice indu de ses droits par un tiers qui s'en prétend titulaire. La société ne pourra plus admettre ce dernier comme actionnaire du seul fait qu'il possède le titre et cela, jusqu'à droit jugé dans la procédure de revendication.

Le possesseur aura le choix, soit de présenter le titre et d'attendre que l'ayant droit intente l'action en revendication ⁴¹⁵, soit d'accepter qu'à l'expira-

⁴¹⁰ Cf. *supra*, p. 22.

⁴¹¹ ATF 84 II pp. 281 ss, SJ 1959 pp. 265 ss, JT 1959 I p. 159.

⁴¹² Cf. Secrétan, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pp. 65 ss.

⁴¹³ Lewin, p. 31 et ses références de doctrine.

⁴¹⁴ On pourrait déduire de la terminologie utilisée par le législateur à l'art. 982 al. 1 CO que cette interdiction ne vise que l'exercice des droits patrimoniaux de l'actionnaire. En réalité, il doit bien entendu s'agir de la suspension de l'ensemble de ses droits.

⁴¹⁵ Nous estimons que le terme « action en revendication » utilisé par le législateur à l'art. 985 al. 1 est plus précis que la terminologie employée à l'art. 1073 al. 1 CO « action en restitution ». En fait, il s'agit pour l'actionnaire de recouvrer la propriété du titre assimilé par le législateur, en vertu de l'art. 895 CC, à une chose mobilière.

tion du délai fixé, son titre soit annulé et, partant, cesse d'incorporer la qualité d'actionnaire. L'actionnaire aura alors la faculté d'exiger un nouveau titre de la société ⁴¹⁶.

Lorsqu'il n'a jamais possédé le titre, il pourra, pour l'obtenir, recourir à l'action pétitoire ⁴¹⁷.

2. *L'actionnaire ne dispose pas d'un titre à ordre*

Le souscripteur d'une action nominative qui ne recevrait pas son titre lors de l'émission, ou dont les titres obtenus seraient par la suite détruits ou perdus, n'aurait rien à craindre pour le maintien de sa qualité d'actionnaire, si le titre est émis à son nom, car la légitimation résultant de sa possession doit obligatoirement être complétée par un endossement, ou une cession. Lorsque la légitimation d'un acquéreur ultérieur n'est pas complétée de cette façon, le détenteur du titre ne peut exercer ni transférer un droit quelconque, même en l'absence d'une défense de payer ordonnée par le juge ⁴¹⁸.

Toutefois, le véritable actionnaire ne peut pas davantage exercer ou transférer ses droits, aussi longtemps qu'il ne possédera pas son titre, puisque celui-ci incorpore en tant que papier-valeur la qualité d'actionnaire. Pour sortir de l'impasse, il n'aura d'autre choix que d'engager une action en revendication contre la personne qui se prétend actionnaire ⁴¹⁹, ou, lorsqu'elle est inconnue, de requérir l'annulation du titre ⁴²⁰.

En revanche, si le titre est émis au nom d'une personne qui n'est pas le souscripteur de l'action, celle-ci apparaîtra comme légitimée à exercer tous les droits incorporés dans le titre. Pour l'en empêcher, le véritable actionnaire ne pourra, après avoir obtenu du juge une interdiction d'exercer les droits d'actionnaire, que recourir à l'action pétitoire ⁴²¹, puisqu'il n'a jamais possédé le titre.

On pourrait être tenté d'assimiler la situation de l'actionnaire dessaisi d'un titre à ordre endossé en blanc ⁴²² à celle de l'actionnaire qui ne possède pas un titre au porteur. Certes, la possession du titre assorti d'un tel endossement crée un effet analogue à celui que déploie un titre au porteur, sans qu'on puisse toutefois considérer que la nature juridique du titre en soit altérée pour autant. Il sera en effet toujours possible de compléter l'endossement par l'indication d'un endossataire ⁴²³.

⁴¹⁶ Art. 972 al. 1 CO.

⁴¹⁷ Art. 641 al. 2 CC.

⁴¹⁸ Art. 1072, 1152, al. 2 CO.

⁴¹⁹ Art. 1073, 1152 al. 2 CO.

⁴²⁰ Art. 1074 ss, 1152 al. 2 CO.

⁴²¹ Art. 641 al. 2 CC.

⁴²² Art. 1002 al. 3, 1152 al. 2 CO.

⁴²³ Cf. *supra*, p. 19, note 14.

De ce fait, le possesseur indu d'un titre à ordre endossé en blanc ne pourra faire valoir à l'égard de la société une présomption de légitimation absolue, même si on se rallie à la jurisprudence du Tribunal fédéral ⁴²⁴, puisque celui-ci n'a énoncé ce principe que pour le titre au porteur. En tout état de cause il ne pourra ainsi se mettre qu'au bénéfice d'une présomption de légitimation relative que l'on peut donc renverser.

On constatera ainsi que l'actionnaire dépossédé d'un titre à ordre endossé en blanc court un risque moins élevé de voir un tiers non autorisé exercer les droits attachés à l'action que l'actionnaire dessaisi d'un titre au porteur.

3. *L'actionnaire ne dispose pas d'un titre nominatif*

L'actionnaire dessaisi d'un titre nominatif, ou qui par suite d'une inadverance de la société ne l'aurait pas reçu, alors qu'il a été émis, n'a pas à craindre d'être privé de sa qualité. Une acquisition de bonne foi du titre ne sera pas protégée ⁴²⁵. De ce fait, il n'importe pas de savoir si le titre a été émis au nom du souscripteur ou non.

Néanmoins, le fait de ne pas posséder le titre n'est pas sans importance pour le légitime titulaire de la qualité d'actionnaire. Ce dernier sera empêché d'exercer ses droits et de les transférer aussi longtemps qu'il n'aura pas acquis la possession du titre. Il y parviendra en recourant à l'action en revendication lorsqu'il aura possédé le titre, ou à l'action pétitoire ⁴²⁶ s'il n'en a pas été ainsi.

Faute pour lui de connaître le détenteur du titre, il devra, comme si sa qualité était incorporée dans un titre au porteur ou à ordre, entamer une procédure d'annulation ⁴²⁷, la société n'étant pas autorisée à remettre un nouveau titre avant l'annulation de l'ancien. Il ne s'agira cependant pas nécessairement d'une annulation judiciaire si la société s'est réservé sur le titre le droit d'accepter une annulation simplifiée ⁴²⁸.

⁴²⁴ Arrêt Union de Banques Suisses contre SI rue de Lausanne 51 SA, du 27 mars 1958, ATF 84 II pp. 281 ss, SJ 1959 pp. 265 ss, JT 1959 I p. 159.

⁴²⁵ *Supra*, p. 21; cf. cependant la solution nuancée de Ribi, p. 202-203 qui entend protéger l'acquéreur de bonne foi d'un titre nominatif muni d'une cession en blanc, lorsque celle-ci a pour auteur le véritable ayant droit au titre.

⁴²⁶ Art. 641 al. 2 CC.

⁴²⁷ Art. 977 CO.

⁴²⁸ Art. 977 al. 2 CO.

CHAPITRE VI

L'exercice des droits de l'actionnaire

Après avoir examiné les conditions dans lesquelles l'actionnaire peut faire valoir son droit à un titre, et la façon dont ce droit est protégé, il est indiqué d'aborder à présent le problème de l'exercice des droits de l'actionnaire sans titre, à savoir de celui qui ne dispose pas, pour une raison ou pour une autre, d'un papier-valeur définitif pour chacune des actions dont il est titulaire.

Le problème se posera différemment selon que l'actionnaire n'a pas de titre parce que la société ne l'a pas émis, ou que le titre émis est nul. Le titre a en outre pu être valablement émis mais n'est, pour une raison ou pour une autre, pas en possession de l'actionnaire. Ces trois hypothèses seront examinées séparément, sans que pour autant nous estimions pouvoir laisser de côté le cas de l'actionnaire possesseur d'un certificat intérimaire ou d'un certificat d'actions, conformément à la définition que nous avons donnée précédemment de l'actionnaire sans titre ⁴²⁹.

L'incidence de ces diverses situations sur la faculté de l'actionnaire d'exercer ses droits dans la société sera également différente suivant que les statuts de la société stipulent l'action au porteur ou nominative, et dans cette dernière hypothèse selon que la société tienne un registre des actions ou non.

I. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION AU PORTEUR

La société anonyme a un intérêt majeur que seuls les véritables ayants droit puissent exercer les droits découlant du sociétariat. Il convient donc d'éviter que des tiers non autorisés ne les exercent, ceci à la fois pour la protection de la société elle-même que pour celle des autres actionnaires. Dès lors, le problème de la justification des droits de l'actionnaire se pose ou, en d'autres termes, celui de la légitimation à l'exercice de ses droits.

A. LA LÉGITIMATION EN GÉNÉRAL

Il s'avère opportun d'insister une nouvelle fois dans les développements de ce chapitre sur la distinction à opérer entre le cas où la société a effectivement émis un titre au sens de notre définition, dont l'actionnaire ne peut cependant, pour une raison quelconque, pas disposer et le cas de l'actionnaire qui en est démuné parce que la société ne l'a pas émis. Nous savons qu'il peut

⁴²⁹ *Supra*, p. 42.

éventuellement disposer d'un titre de preuve, voire d'un certificat intérimaire ou d'un certificat d'actions.

1. *Les titres ne sont pas émis*

a) *La quittance de libération*

Le sociétariat de l'actionnaire peut exister en dehors de toute délivrance de titres. Il ne présentera toutefois un intérêt réel pour l'actionnaire que si celui-ci peut exercer les droits qui en découlent.

Conformément aux règles générales en matière de preuve, l'actionnaire doit établir qu'il a acquis cette qualité⁴³⁰ avant de pouvoir exercer des droits quelconques dans la société. Notre Code étant muet quant aux modes de preuves admissibles, l'actionnaire peut en principe recourir à n'importe quel moyen de preuve. On pense évidemment en premier lieu à l'acte écrit, mais, en théorie tout au moins, la qualité de membre de la société peut également être établie par un témoignage, par la reconnaissance de la société elle-même.

La personne qui est démunie de tout document se heurtera évidemment souvent au caractère aléatoire de ces moyens de preuve. Il peut même arriver qu'elle se trouve dans l'impossibilité d'établir sa qualité d'actionnaire.

Le souscripteur d'actions, lors d'une fondation simultanée, peut se fonder sur l'acte constitutif⁴³¹ dont il est en droit de se faire délivrer un exemplaire. Ce document mentionnera obligatoirement le nom de tous les fondateurs, puisqu'ils doivent eux-mêmes souscrire tout le capital⁴³² de la future société. Revêtant la forme authentique, ce document fait foi des faits qu'il constate, à savoir qu'une personne a souscrit des actions, et qu'elle est, partant, devenue actionnaire de la société⁴³³.

Il n'en va pas de même d'une acquisition originaire de droits d'actionnaire résultant d'une fondation successive. Le bulletin de souscription remplace-t-il alors l'acte constitutif de la fondation simultanée comme on l'a prétendu ?⁴³⁴ Il n'est pas décisif que ce document, établi sous seing privé, ne puisse pas jouir sur le plan formel de la même force probante⁴³⁵ que l'acte constitutif de la fondation simultanée. Plus important par contre est le fait que lors d'une fondation successive, le sociétariat de l'actionnaire ne naît pas avec la signature du bulletin de souscription, mais lorsque les fondateurs ont accepté expressément ou tacitement⁴³⁶ le souscripteur comme membre de la société.

⁴³⁰ Art. 8 CC.

⁴³¹ Hagmann, p. 95.

⁴³² Art. 638 CO.

⁴³³ Art. 9 CC.

⁴³⁴ Hagmann, p. 95; Perrier, p. 23; Siegwart, Commentaire ad art. 622 CC, note 40.

⁴³⁵ Cela dépendra de la question de savoir si le droit cantonal attribue aux titres sous seing privé la même force probante que le droit fédéral aux titres authentiques.

⁴³⁶ Aschwanden, p. 69. Une telle acceptation tacite serait l'invitation à participer à l'assemblée générale constitutive ou l'invitation à procéder à la libération des actions.

Le souscripteur d'actions ne peut ainsi en toutes circonstances se borner à présenter son bulletin de souscription, voire la quittance de libération des actions, car l'éventualité ne peut être d'emblée exclue que cette libération ne soit due qu'à sa seule initiative. Les souscriptions reçues peuvent dépasser le capital à souscrire. En cas de contestation, l'invitation des fondateurs de participer à l'assemblée générale constitutive, appelée à constater la souscription du capital social, constituera réellement la pièce maîtresse pour la légitimation de l'actionnaire en l'absence de tout autre document délivré par la société.

L'actionnaire qui a acquis ses droits d'un autre membre de la société établira sa légitimation à l'aide d'une déclaration de cession⁴³⁷, exceptés les cas où ils lui ont été transférés par succession, où ils ont été acquis dans une procédure d'exécution forcée, ou en vertu du régime matrimonial. Un certificat d'héritier, une attestation d'adjudication délivrée dans une procédure d'exécution forcée peuvent remplacer la déclaration de cession, et de ce fait constituer un moyen de légitimation pour l'exercice des droits d'actionnaire.

La quittance de libération établit parfois la qualité d'actionnaire du souscripteur. Pour un acquéreur ultérieur des droits d'actionnaire, elle n'a pas cette portée. Une déclaration de cession des droits est indispensable. La société qui considérerait comme suffisante la seule production d'une quittance de libération courrait le risque d'admettre comme actionnaire une personne qui, en réalité, ne l'est pas et engagerait ainsi sa responsabilité.

b) Les titres de preuve

Aucun titre de preuve de la qualité d'actionnaire n'a d'effet obligatoire pour la société; pour l'actionnaire il en est parfois dépourvu également. La société n'est ainsi pas obligée de reconnaître la qualité d'actionnaire à la personne qui exhibe le titre. Pour l'actionnaire, il dépendra du genre de titres de preuve que la société a délivrés; il convient dès lors de les examiner séparément.

aa) Le titre de preuve simple

Lorsque l'actionnaire est porteur d'un titre de preuve, sa situation vis-à-vis de la société sera différente selon qu'il s'agit d'un écrit dressé en la forme authentique, ou ne revêtant que la forme d'un acte sous seing privé⁴³⁸.

Dans la première hypothèse, le titre de preuve jouit de la plus large crédibilité et fait foi des faits qu'il constate⁴³⁹. La conséquence en est que la société ne pourra s'opposer à l'exercice des droits d'actionnaire que dans l'hypothèse où elle établira la fausseté du titre.

⁴³⁷ *Infra*, pp. 148 ss.

⁴³⁸ *Supra*, pp. 37 ss.

S'agissant d'un titre sous seing privé, en revanche, la situation de l'actionnaire sera moins privilégiée. Le Code civil ne fixe pas les effets de tels écrits dont il appartient au droit cantonal de déterminer la portée.

Certains droits cantonaux attachent au titre sous seing privé la même force probatoire que le droit fédéral attache aux titres authentiques⁴⁴⁰, ou bien, si tel n'est pas le cas, celui qui produit le titre doit prouver sa sincérité par un moyen quelconque, ou enfin le titre est tenu pour sincère, à moins que celui auquel on l'oppose dénie sa signature⁴⁴¹. L'actionnaire aura, dans cette dernière hypothèse, à démontrer que son titre est bien signé par l'organe compétent, le conseil d'administration. S'il parvient à en faire la démonstration, son titre satisfera aux exigences de l'art. 8 CC.

Mais évidemment cette preuve est loin d'être complète. En réalité, l'actionnaire a simplement démontré qu'à une certaine date, il avait acquis cette qualité, mais il n'en résulte point qu'il l'a toujours. Il a pu garder le titre de preuve pour un motif quelconque et transférer tout ou partie de ses droits à un tiers⁴⁴². Comme il a néanmoins établi, à l'aide de ce titre, qu'à une certaine date la société l'avait reconnu comme actionnaire, il bénéficiera de la présomption que sa qualité n'a pas changé. Il appartiendra à la société d'apporter la preuve contraire, si elle estime qu'elle ne correspond pas à la réalité.

A notre avis, la société n'encourra aucune responsabilité, si elle attribue à tort la qualité d'actionnaire à la personne au nom de laquelle le titre a été régulièrement émis, à moins que selon les règles de la bonne foi elle ne doive déduire des circonstances que les droits ont été cédés entre-temps à un tiers. Celui-ci devra s'en prendre à lui-même s'il s'est abstenu d'en notifier le transfert à la société et s'il a subi, de ce fait, un préjudice parce que le dividende a été payé à l'ancien actionnaire, ou que ce dernier a exercé à sa place son droit préférentiel de souscription. En pareil cas, le nouvel actionnaire aurait en fin de compte seulement une action en paiement de dommages-intérêts contre le cédant.

L'actionnaire pourra prétendre à la qualité de membre de la société aussi longtemps que la présomption de la légitimité de ses droits ne sera pas détruite. Cet événement peut se produire à tout moment. La société se réserve la possibilité de prouver en tout temps que la personne qui présente le titre n'est en réalité pas son actionnaire. C'est une conséquence du fait que la qualité d'actionnaire n'est pas incorporée dans un papier-valeur, mais existe en dehors d'un titre.

La société peut — en courant toutefois un certain risque — dispenser l'actionnaire de lui présenter le titre de preuve, lorsqu'il est connu et que sa

⁴³⁹ Art. 9 CC.

⁴⁴⁰ Pour des exemples, voir Guldener, p. 352.

⁴⁴¹ Flattet, thèse, p. 31.

⁴⁴² En raison, par exemple, d'une mise en gage ou d'un usufruit de ses droits, la remise du titre de preuve n'étant pas une condition de la validité des droits du créancier gagiste ou de l'usufruitier, cf. *infra*, pp. 184 ss et pp. 199 ss.

qualité n'a pas donné lieu à contestation dans le passé. En renonçant à incorporer la qualité d'actionnaire dans un papier-valeur, la société n'impose pas comme seul moyen de légitimation possible la présentation du titre.

Le fait de présenter un titre de preuve ne dispense pas la société de procéder, au besoin, à d'autres investigations pour établir le véritable titulaire des droits. La société est ainsi soumise à une grosse responsabilité, celle de tous les débiteurs dont la dette n'est pas attestée par un titre à ordre, ou un titre au porteur, car elle ne pourra bénéficier de l'exonération de responsabilité instituée par le législateur pour ces débiteurs ⁴⁴³.

En fin de compte, c'est une appréciation du cas d'espèce avec tous les risques d'un jugement erroné qui conduira la société à considérer que la qualité d'actionnaire est établie en l'occurrence ou ne l'est pas.

Il s'ensuit que la situation de l'actionnaire en possession d'un titre de preuve sera toujours précaire. Il devra compter sur l'éventualité que la société lui oppose toutes sortes d'exceptions qui peuvent lui être personnelles ou concerner ses prédécesseurs. Il n'a aucune garantie, aussi minime soit-elle, que la société acceptera de considérer la présentation du titre de preuve comme suffisante pour établir ses droits, bien que cela soit évidemment en pratique généralement le cas.

De son côté, la société n'a pas la possibilité d'obliger l'actionnaire à établir sa légitimation au moyen du titre de preuve qu'elle lui a délivré. Il est loisible à l'actionnaire s'il l'estime utile ou indiqué de recourir à d'autres moyens de preuve pour établir sa légitimation. C'est là une différence essentielle par rapport à l'actionnaire qui dispose d'un titre au porteur, dont la situation sera sûre, et l'exercice des droits assuré, parce qu'ils dépendent uniquement de la possession du titre.

bb) Le titre de présentation

A la différence du titre de preuve simple, la clause de présentation impose une obligation à l'actionnaire qui veut exercer ses droits, celle de présenter le titre, sans en revanche comporter pour la société l'obligation de le reconnaître comme tel. De ce fait, la société peut considérer que la légitimation à l'exercice des droits n'est pas établie, que le titre lui soit présenté ou non.

La clause de présentation ne modifie en rien l'obligation de la société de s'assurer que celui qui présente le titre est véritablement le titulaire de la qualité d'actionnaire. Elle assume la même responsabilité que lors de l'examen de la qualité d'actionnaire d'une personne présentant un titre de preuve simple. Elle ne peut donc sans autre examen se fier à la présentation du titre pour considérer que cette légitimation est établie, si elle ne veut pas courir le risque d'engager sa responsabilité.

⁴⁴³ Art. 966 al. 2 CO.

La perte du titre de présentation ne mettra pas l'actionnaire dans l'impossibilité d'exercer ses droits. La société peut renoncer à exiger la présentation du titre et inviter l'actionnaire à lui remettre une déclaration authentique ou dûment légalisée constatant l'annulation du titre⁴⁴⁴ avant de l'admettre à l'exercice de ses droits.

Nos développements antérieurs à propos du titre de preuve simple trouvent également leur application ici. Comme celui qui est en possession d'un titre de preuve simple, l'actionnaire en possession d'un titre de présentation n'a pas la certitude de pouvoir exercer des droits d'actionnaire. Toutefois, à la différence du premier, il doit s'attendre à ce qu'à défaut de présentation du titre, la société ne l'admette pas à l'exercice de ses droits. La société pourra lui imposer le moyen de légitimation, mais n'assume aucune obligation de le faire.

cc) Le titre de légitimation

La clause de légitimation insérée dans un titre de preuve ne modifie pas la situation de l'actionnaire qui ne peut contraindre la société à le reconnaître en tant que tel sur simple présentation de son titre; lui-même se trouve obligé en revanche de le présenter sous peine de se voir refuser l'exercice de ses droits. Cette clause n'améliore pas sa situation, et l'actionnaire risque, en principe tout au moins, le même traitement discrétionnaire de la part de la société que s'il disposait de n'importe quel autre titre de preuve. En pratique, toutefois, la société acceptera que cette légitimation soit établie par la présentation du titre, à moins que des circonstances particulières ne s'y opposent.

Contrairement aux deux autres espèces de titres de preuve, la société se dispense de l'obligation de rechercher le véritable titulaire des droits d'actionnaire. En effet, en émettant un titre de légitimation, elle se réserve expressément le droit de considérer comme titulaire légitime de ceux-ci la personne qui présente le titre, sans que cela puisse lui être imputé à faute; ceci peut avoir des conséquences particulièrement importantes lorsque la légitimation est établie par un titre de légitimation volé. On ne saurait reprocher à la société, présumée de bonne foi, qu'un voleur du titre ait exercé des droits d'actionnaire.

Nous constatons ainsi que des règles précises ne peuvent être posées quant à la légitimation de l'actionnaire, lorsqu'il requiert l'exercice de ses droits sur la base d'un titre de preuve. L'incertitude quant à la possibilité d'exercer ses droits existera en toutes circonstances pour lui, quel que soit le titre de preuve qu'il détient.

c) Le certificat intérimaire

Nous sommes arrivés à la conclusion que le certificat intérimaire délivré pour une action au porteur non intégralement libérée était un papier-valeur,

⁴⁴⁴ Art. 90 al. 1 CO.

plus précisément un titre nominatif⁴⁴⁵. De ce fait, la légitimation à l'exercice des droits d'actionnaire ne peut être établie que par la présentation du titre à la société⁴⁴⁶. Pour celle-ci, le titre est le moyen de légitimation obligatoire de l'actionnaire, qu'il s'agisse du souscripteur de l'action ou de ses successeurs. Elle ne peut donc, sans engager sa responsabilité, accepter que l'actionnaire se légitime d'une autre manière, par exemple en présentant l'acte constitutif de la société qui énonce son nom en tant que fondateur.

Si la présentation du certificat est indispensable pour établir cette légitimation, comme pour tout papier-valeur, elle n'est ici en revanche pas suffisante. L'actionnaire doit encore établir son identité avec la personne au nom de laquelle le certificat a été créé, ou de sa qualité d'ayant cause de cette personne⁴⁴⁷.

S'il échoue dans cette preuve, l'actionnaire n'a pas établi sa légitimation et, partant, la société ne peut l'admettre à l'exercice des droits incorporés au titre.

Si l'actionnaire n'est pas la personne au nom de laquelle le certificat a été créé, le détenteur de ce dernier empêche l'exercice des droits d'actionnaire par le véritable titulaire. D'un autre côté, la personne qui ne possède pas le certificat intérimaire, mais seulement un acte de cession ne peut exercer aucun droit, alors même qu'elle établirait sa légitimation d'une autre façon, par exemple par la présentation d'un titre de preuve ou d'une attestation d'adjudication d'actions délivrée avant le certificat intérimaire. Même dans cette hypothèse, la société doit refuser à l'actionnaire l'exercice de ses droits, car en ayant mis en circulation un certificat intérimaire, elle a promis de ne pas permettre l'exercice des droits d'actionnaire sans sa présentation.

L'acquéreur de bonne foi d'un tel certificat n'est pas protégé dans son acquisition⁴⁴⁸. La société a donc la faculté de soulever toutes les exceptions qu'elle pouvait opposer au précédent propriétaire. A cet égard, l'acquéreur d'un certificat intérimaire n'est pas mieux protégé que le titulaire d'un titre de preuve.

d) Le certificat d'actions

Comme il s'agit, en règle générale, d'un papier-valeur, la légitimation est établie par la seule présentation du certificat⁴⁴⁹. En vertu du principe de l'opposabilité des exceptions applicable aux titres au porteur⁴⁵⁰, la société ne peut opposer au porteur du certificat aucune exception se fondant sur des rapports personnels avec un actionnaire antérieur⁴⁵¹.

⁴⁴⁵ Art. 974 CO ss, cf. *supra*, pp. 47 ss.

⁴⁴⁶ Art. 966 al. 1 CO.

⁴⁴⁷ Art. 975 al. 1 CO.

⁴⁴⁸ *Supra*, p. 21.

⁴⁴⁹ Art. 978 al. 1 CO.

⁴⁵⁰ *Supra*, p. 21.

⁴⁵¹ Art. 979 al. 1 CO.

Lorsque, au contraire, le certificat d'actions n'est pas un papier-valeur, les observations faites à propos des titres de preuve s'appliqueront. D'un côté, la présentation du certificat n'est pas indispensable comme moyen de légitimation, et de l'autre, lorsque le cédant du certificat n'a pas valablement acquis la qualité d'actionnaire, le cessionnaire ne pourra lui-même exercer des droits dans la société, alors même qu'il serait de bonne foi ⁴⁵².

2. Les titres sont émis

a) Le titre nul

Comme, par définition, la qualité d'actionnaire n'est pas valablement incorporée dans le titre, la possession de celui-ci n'est pas indispensable à l'actionnaire pour établir sa légitimation. Le titre ne peut ainsi jouer un rôle dans l'exercice du droit que dans la mesure où il peut constituer un moyen de preuve de la qualité d'actionnaire ⁴⁵³.

Il ne pourra cependant conserver cette fonction qu'aussi longtemps que la société n'a pas émis un titre valable. Si tel est le cas, la société peut alors obliger l'actionnaire à établir sa qualité au moyen du nouveau titre et refuser tout autre moyen de légitimation.

Dès l'instant où, suite à une mise en demeure de l'actionnaire de retirer le titre, la société l'a consigné ⁴⁵⁴, elle peut exiger de l'actionnaire que, préalablement à l'exercice de ses droits, il lui présente le nouveau titre. La demeure de l'actionnaire aura pour effet de paralyser l'exercice de ses droits.

La société ne dispose d'aucun moyen de contrainte direct pour supprimer des titres non rectifiés ⁴⁵⁵ ou remplacés, mais elle doit dénier à l'ancien titre tout effet de légitimation pour l'exercice des droits d'actionnaire. En émettant de nouveaux titres valables, la société promettra que seule sera admise à l'exercice des droits d'actionnaire la personne qui présentera ces titres.

b) Le titre non disponible

Dès l'émission d'un papier-valeur, les droits d'actionnaire qu'il incorpore sont si intimement liés à lui qu'ils ne peuvent plus, en principe tout au moins, être exercés sans le titre ⁴⁵⁶. Lorsque l'actionnaire a perdu la possession d'une action au porteur, il ne peut donc exercer aucun droit. L'exercice des droits découlant de son sociétariat est suspendu, car la légitimation dépend obligatoirement de la possession du titre. Demeure réservé le cas où l'actionnaire

⁴⁵² Les art. 18 al. 2 et 164 al. 2 CO qui prévoient une protection limitée de la bonne foi en dehors des cas où la dette est incorporée dans un titre sont, pour des raisons évidentes, inapplicables dans le droit de la société anonyme.

⁴⁵³ Tel un titre d'action au porteur pour une action non intégralement libérée entre les mains du souscripteur de l'action.

⁴⁵⁴ Art. 92 CO.

⁴⁵⁵ Gisling, p. 173.

⁴⁵⁶ Art. 965 CO.

en a obtenu l'annulation, ou a établi sa qualité d'actionnaire par une action en reconnaissance.

La présentation physique du titre n'est pas toujours nécessaire. La société peut se contenter de l'attestation d'une banque ou d'une fiduciaire auprès de laquelle les titres sont déposés, du fait qu'un tel dépôt ne prive pas l'actionnaire de sa possession. C'est de loin le cas le plus fréquent en pratique.

La possibilité d'exercer les droits découlant de la qualité d'actionnaire se ramène en fin de compte à la question de savoir si l'actionnaire a perdu la possession du titre ou non. Une perte passagère de la maîtrise physique sur le titre n'équivaut pas à une perte de la possession de celui-ci⁴⁵⁷. Il en serait notamment ainsi lorsque le titre d'action aurait été simplement égaré⁴⁵⁸.

c) Le titre perdu ou volé, et annulé

Le jugement d'annulation replace celui qui l'a sollicité dans la situation où il se trouverait s'il détenait encore le titre⁴⁵⁹. A défaut du titre dérobé ou perdu, l'actionnaire peut établir sa légitimation au moyen du jugement d'annulation du titre, qui lui permettra notamment de demander un titre de remplacement⁴⁶⁰ ou d'exercer ses droits sans le titre incorporant la qualité d'actionnaire.

Dans les deux cas, cependant, la société conserve toutes les exceptions opposables vis-à-vis du porteur au moment de la perte ou de la destruction du titre. Elle pourra donc contester l'existence des droits d'actionnaire incorporés dans le titre, ou nier que le requérant de l'annulation du titre en soit le légitime titulaire.

Lorsque le titre ne peut être annulé faute d'avoir pu être individualisé, un jugement reconnaissant l'existence de la qualité d'actionnaire remplacera l'annulation.

B. L'EXERCICE DES DROITS SOCIAUX

1. *Les titres ne sont pas émis*

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

On a prétendu que le droit de vote afférant à une action au porteur ne prenait naissance qu'avec sa libération intégrale, puisque ce n'était qu'à partir de cet

⁴⁵⁷ Art. 921 CC.

⁴⁵⁸ Ostertag, Commentaire ad art. 927 CC, note 3.

⁴⁵⁹ Arrêt Institut central des sociétés financières contre Union des usines et des exploitations forestières de Nasic SA, du 27 mars 1956, ATF 82 II pp. 224 ss, SJ 1957 pp. 56 ss, notamment 60, JT 1957 I pp. 126 ss; Arrêt Institut central des sociétés financières contre Union des usines et exploitations forestières de Nasic SA, du 3 mars 1958, ATF 84 II pp. 174 ss, SJ 1959 pp. 237 ss, notamment 240, JT 1959 I pp. 190 ss; Arrêt Institut central des sociétés financières contre Union Nasic SA, du 27 février 1968, SJ 1969 pp. 433 ss, notamment 438-439.

⁴⁶⁰ Art. 986 al. 3 CO.

instant que le titre au porteur pouvait être émis ⁴⁶¹. Cette opinion est non seulement contraire à la loi ⁴⁶², mais encore elle méconnaît le caractère déclaratif de tout titre d'action. En réalité la naissance et l'exercice du droit de vote dépendent uniquement de la libération du montant fixé par la loi ou les statuts, mais non de l'existence d'un titre, certificat intérimaire, ou autre document ⁴⁶³.

Le même principe vaut bien entendu pour l'exercice du droit de vote attaché aux actions issues d'une augmentation du capital social ⁴⁶⁴. Ce qui est vrai pour le droit de vote de l'actionnaire l'est aussi pour ses autres droits sociaux, tel son droit de contrôle, ou son droit de demander des renseignements à l'assemblée générale, voire son droit d'attaquer en justice les décisions de celle-ci.

En organisant l'assemblée générale, l'administration doit prendre les mesures nécessaires pour constater le droit de vote des actionnaires ⁴⁶⁵. Elle peut prescrire certaines modalités dont dépendra l'exercice de ce droit, notamment le dépôt des actions en un lieu déterminé un certain temps avant l'assemblée générale.

Cette pratique a pour but de permettre l'examen de la légitimation formelle de l'actionnaire ⁴⁶⁶ avant le déroulement de l'assemblée générale afin de garantir sa composition légale et statutaire. La plupart du temps, on y recourt lorsque les actionnaires sont nombreux et que des restrictions à l'exercice du droit de vote existent. On évite ainsi la perte d'un temps précieux à l'assemblée générale, qui devrait autrement être consacré à cet examen.

Un dépôt des actions est évidemment impossible là où l'actionnaire n'a pas de titre en main. Il est possible, mais ne déploie aucun effet, lorsque l'actionnaire dispose d'un titre de preuve, quelle qu'en soit l'espèce. Un dépôt ne peut bloquer ni l'exercice, ni le transfert des droits qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur, car ceux-ci ne sont pas liés au titre de manière telle que sans ce document l'actionnaire se trouve dans l'impossibilité de les faire valoir ou de les transférer. L'effet d'assimilation à une chose mobilière ne se produit pas lorsque le titre d'action est un titre de preuve, de sorte que sa possession n'est pas nécessaire pour un transfert des droits d'actionnaire.

Nous constatons ainsi que la qualité d'actionnaire d'une personne dépourvue de titre incorporant ses droits ne pourra en principe être examinée qu'à l'assemblée elle-même, si la société veut s'assurer que seules soient admises des personnes véritablement actionnaires. La bonne marche de l'assemblée générale risque d'en pâtir.

⁴⁶¹ Beer, p. 21.

⁴⁶² Art. 694 CO.

⁴⁶³ Bürgi, Commentaire ad art. 694, note 6 et la doctrine citée par cet auteur.

⁴⁶⁴ Aschwanden, p. 101.

⁴⁶⁵ Art. 702 al. 1 CO.

⁴⁶⁶ Lorsque la qualité d'actionnaire est incorporée dans un titre au porteur, la société n'a à examiner que cette légitimation-là.

L'actionnaire sans document doit apporter la preuve de sa qualité, et nous savons que cette preuve peut être administrée de différentes façons, même par une déclaration des fondateurs, ou d'un organe social⁴⁶⁷. Il appartient au conseil d'administration ou à un comité qu'il a désigné à cet effet⁴⁶⁸ de se prononcer à cet égard. Ayant établi sa qualité, l'actionnaire doit être admis à exercer le droit de vote, car le droit suisse ignore l'action dépourvue de ce droit.

Lorsqu'elle n'a pas procédé à l'émission de papiers-valeurs pour matérialiser ses actions, la société répond de toute faute qu'elle pourrait commettre dans l'appréciation de la preuve administrée, car elle assume l'obligation d'examiner le droit matériel de celui qui se prétend actionnaire. Sa responsabilité n'est donc pas limitée aux seuls cas du dol ou de la négligence grave, comme dans l'éventualité où les droits sont incorporés dans un papier-valeur⁴⁶⁹. Au droit de chaque actionnaire de participer à l'assemblée et, le cas échéant, de prendre part aux votes, correspond l'obligation de la société, respectivement de son administration, d'assurer une composition légale et statutaire de celle-ci. Ce droit de l'actionnaire et cette obligation de la société peuvent plus facilement entrer en conflit lorsque la qualité d'actionnaire n'est pas incorporée dans un titre.

La société qui a procédé à une émission de papiers-valeurs promet de reconnaître quiconque lui présente le titre comme seul titulaire des droits qu'il incorpore, sans avoir à rechercher si cette apparence correspond à la réalité. On ne pourra lui reprocher d'avoir accepté comme actionnaire une personne qui a volé ou trouvé le titre d'action, à moins évidemment qu'elle n'ait connu, ou dû connaître, la situation et qu'elle soit, de ce fait, de mauvaise foi.

Placée dans les mêmes circonstances, la société qui n'a pas procédé à une émission de titres sous forme de papiers-valeurs pourra, en revanche, voir sa responsabilité engagée. Elle ne peut se satisfaire de la constatation qu'une personne paraît légitimée à exercer le droit de vote. La société assume l'obligation d'examiner, avec toute la diligence voulue, la qualité d'actionnaire.

N'importe quelle participation illicite à l'assemblée générale peut ainsi engager la responsabilité de la société, ceci bien entendu sous réserve d'administrer la preuve que cette participation a été sans influence sur la décision prise⁴⁷⁰. La société ne pourra d'une autre façon dégager sa responsabilité.

Les mêmes considérations sont valables pour une personne qui, dans le cadre d'une action en justice, alléguerait avoir été écartée d'une assemblée, alors qu'elle est actionnaire. Une telle action est possible sans limite dans le

⁴⁶⁷ Nahrath, p. 41.

⁴⁶⁸ Bùrgi, Commentaire ad art. 691 CO, note 23.

⁴⁶⁹ Art. 966 al. 2 CO.

⁴⁷⁰ Art. 691 al. 3 CO.

temps, puisqu'elle vise à déterminer la titularité du sociétariat ⁴⁷¹. N'importe quelle faute commise au moment de la décision d'évincer cette personne de l'assemblée générale sera, pour la société, constitutive d'une responsabilité.

Une cession des droits d'actionnaire à seule fin d'exercer le droit de vote à l'assemblée ⁴⁷² peut établir la volonté de rendre illusoire une restriction statutaire ⁴⁷³ ou légale ⁴⁷⁴ apportée à l'exercice de ce droit. L'établissement d'une telle volonté est difficile à établir, lorsque la qualité d'actionnaire est incorporée dans un titre au porteur, en raison de la promesse faite par la société lors de son émission de reconnaître le détenteur du titre comme actionnaire.

Il convient enfin de faire remarquer que la société peut paralyser l'exercice du droit de vote de l'actionnaire dont les droits n'ont pas été incorporés dans un titre par toutes sortes d'exceptions, notamment toutes celles qui étaient opposables à ses prédécesseurs ⁴⁷⁵. L'actionnaire ne peut donc se retrancher derrière sa bonne foi, même dans des circonstances exceptionnelles.

b) Le certificat intérimaire

En possédant le certificat intérimaire, l'actionnaire devra être admis à exercer le droit de vote. La société ne pourra exiger d'autres moyens de preuve de la qualité d'actionnaire, puisqu'il s'agit précisément d'un papier-valeur ⁴⁷⁶. En acceptant comme actionnaires à l'assemblée générale des personnes ne disposant pas d'un certificat intérimaire émis pour matérialiser des actions au porteur non intégralement libérées, la société peut engager sa responsabilité.

Lorsque le détenteur du certificat intérimaire n'est pas la personne au nom de laquelle la société l'a établi, l'actionnaire ne peut régulièrement être admis à l'assemblée générale qu'en possédant le certificat et une déclaration de cession, fût-elle en blanc. Il ne serait pas suffisant qu'il dispose de l'un à l'exclusion de l'autre. Dans une telle situation, la société serait tenue de renvoyer de l'assemblée générale et le détenteur du certificat intérimaire et la personne qui présente une déclaration de cession des droits d'actionnaire, ni l'un ni l'autre n'ayant en fin de compte établi sa qualité d'actionnaire.

Etant donné qu'il s'agit d'un titre nominatif, la société peut opposer à l'actionnaire toutes les exceptions qu'elle avait à faire valoir contre son prédécesseur. Sous cet angle, le détenteur d'un certificat intérimaire n'est pas mieux protégé que l'actionnaire dont les droits n'ont pas été incorporés dans

⁴⁷¹ Cf. Bürgi, Commentaire ad art. 691 CO, note 32.

⁴⁷² Elle n'est pas illicite en soi, cf. Arrêt A. et Consorts contre Société anonyme Y, du 19 mars 1946, ATF 72 II, pp. 275 ss, JT 1947 I pp. 167 ss.

⁴⁷³ Art. 627 chif. 10, 691 al. 1 CO.

⁴⁷⁴ Art. 695 CO.

⁴⁷⁵ Art. 169 CO al. 1.

⁴⁷⁶ *Supra*, p. 48.

un papier-valeur. Par rapport à ce dernier, il est en revanche avantagé du fait que la possession du titre lui permet de s'assurer qu'un tiers ne puisse exercer les droits d'actionnaire à sa place, indépendamment du fait qu'il renforcera sa position juridique à l'égard de la société.

c) Le certificat d'actions

Le certificat incorporant des actions au porteur permet à son titulaire d'exercer les droits de la même manière que s'il disposait de titres individuels. De ce fait, l'actionnaire peut exercer ses droits sur simple présentation de son certificat, ou en fournissant simplement la preuve de sa possession. Par ailleurs, il bénéficie de la règle dite de l'inopposabilité des exceptions⁴⁷⁷. La société ne peut donc lui opposer des exceptions qui avaient paralysé l'exercice des droits d'actionnaire par le précédent propriétaire du certificat.

L'actionnaire ne pourra exercer ses droits qu'en bloc lorsqu'il s'agit d'un certificat indivisible déclaré tel par les statuts. Or, il peut avoir un intérêt légitime à limiter sa puissance de vote à une partie de ses actions seulement, ne serait-ce que dans le dessein de dissimuler à un groupe concurrent l'influence réelle qu'il exerce dans la société. Sous cet angle, l'émission de titres globaux ne présente donc pas seulement un avantage de simplification pour l'actionnaire, mais peut aussi comporter un inconvénient. L'anonymat est partiellement battu en brèche.

2. Les titres sont émis

a) Le titre nul

La justification de la possession d'un tel titre n'est pas un moyen de légitimation⁴⁷⁸ pour exercer le droit de vote, attendu que les droits de l'actionnaire ne sont pas incorporés dans le titre. Dès l'instant où le titre est nul, la société ne peut pas accepter comme actionnaire le possesseur du titre.

La société devra refuser l'exercice du droit de vote non seulement à l'actionnaire qui présente un titre nul dès l'origine ou annulé à la suite d'une procédure de déchéance, mais aussi à celui qui détient un titre devenu défectueux ultérieurement en raison d'une modification statutaire, telle, par exemple, une conversion d'actions. Pour que l'ancien titre soit devenu défectueux au point d'être impropre à l'exercice des droits d'actionnaire, il est toutefois nécessaire que le nouveau titre non seulement ait été confectionné, mais encore mis à disposition de l'actionnaire, voire éventuellement consigné⁴⁷⁹ en cas de demeure de celui-ci.

⁴⁷⁷ Art. 979 al. 1 CO.

⁴⁷⁸ Böckli, Basler Studien zur Rechtswissenschaft n° 61, p. 80.

⁴⁷⁹ Art. 92 CO.

Par l'émission de nouveaux titres, une société anonyme impose à son actionnaire un nouveau moyen de légitimation obligatoire pour exercer son droit de vote, et ne peut en faire abstraction: si elle ne veut pas courir le risque d'engager sa responsabilité. Un ancien titre, ou un titre non estampillé, ne permet plus à l'actionnaire d'exercer son droit de vote ⁴⁸⁰. Par contre, la société ne peut pas imposer à l'actionnaire un échange de titres contre sa volonté ⁴⁸¹, mais elle peut exercer sur lui une pression indirecte sous la forme que nous venons d'évoquer, en n'acceptant comme moyen de légitimation à l'exercice du droit de vote que le dernier titre émis, à l'exclusion de tout autre; demeure réservée évidemment l'éventuelle production d'un jugement d'annulation du titre.

b) Le titre non disponible

Le droit de vote de l'actionnaire existe toujours, mais celui-ci ne peut l'exercer dès l'instant où il a perdu la possession de son titre. Pour exercer le droit de vote, l'actionnaire devra soit le récupérer, soit obtenir son annulation judiciaire ou au moins établir que le titre a disparu avec une vraisemblance confinante à la certitude ⁴⁸². Nous ne pensons pas que l'actionnaire puisse se borner à ne faire état que de l'existence d'une procédure d'annulation du titre ⁴⁸³ ou même se contenter de rendre vraisemblable la perte du titre ⁴⁸⁴. Cela porterait atteinte à la notion du titre au porteur en tant que papier-valeur. La clause de légitimation qui le caractérise, obligatoire pour la société et l'actionnaire aussi longtemps que le titre n'a pas été annulé judiciairement, ne se trouverait pas respectée.

Durant la procédure d'annulation, l'exercice du droit de vote dérivant d'une action au porteur est en principe suspendu. Le conseil d'administration qui accepterait qu'un actionnaire exerce son droit de vote sur simple déclaration de perte de son titre engagerait sa responsabilité ⁴⁸⁵ et celle de la société ⁴⁸⁶, s'il devait s'avérer que ses déclarations sont inexactes. La société violerait de cette façon l'engagement pris le jour de l'émission du titre, à savoir qu'il sera considéré comme le moyen de légitimation obligatoire de l'actionnaire ⁴⁸⁷. Des décisions d'une assemblée générale prises dans de telles circonstances peuvent être sujettes à une action en annulation ⁴⁸⁸. Seul un jugement d'annula-

⁴⁸⁰ Steiner, SAG 1938/39, pp. 100 ss, notamment 101.

⁴⁸¹ Elle ne peut notamment pas demander l'annulation du titre, cf. *supra*, p. 23.

⁴⁸² Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss, notamment 286-287.

⁴⁸³ Contra, Nahrath, p. 45-46.

⁴⁸⁴ Contra, Moser, p. 81; Hagmann, p. 67.

⁴⁸⁵ Art. 754 al. 1 CO.

⁴⁸⁶ Art. 718 al. 3 CO.

⁴⁸⁷ Böckli, p. 87.

⁴⁸⁸ Tribunal de commerce de Zürich, du 14 mai 1964, Bl. ZR 1965 pp. 242 ss, notamment 243.

tion du titre ou constatant la qualité d'actionnaire d'une personne peut décharger la société de toute responsabilité, et autoriser l'actionnaire à exercer ses droits sociaux, le cas échéant, sans le titre.

c) Le titre perdu ou volé, et annulé

Un jugement annulant un titre dont l'ayant droit est établi, ou qui en constaterait à tout le moins la disparition avec une vraisemblance confinante à la certitude⁴⁸⁹, mettrait l'actionnaire en mesure d'exercer le droit de vote de la même manière qu'avant la perte du titre. Lorsque le titre a été annulé, l'actionnaire peut obtenir un titre de remplacement⁴⁹⁰.

Si l'actionnaire n'a pas obtenu un tel titre, faute d'avoir pu individualiser le papier-valeur perdu ou détruit, il a tout de même la possibilité d'exiger de la société un titre de preuve de ses droits, dans la mesure où il peut justifier un intérêt à cela. La forme du titre de légitimation pourra être choisie, ce qui présentera l'avantage de soustraire la société à l'obligation d'examiner qui est le détenteur légitime du titre. Dans ce cas, elle pourra, sans toutefois y être obligée, admettre l'actionnaire à l'exercice de ses droits sociaux sur seule présentation du titre. Bien que n'étant pas un papier-valeur, la perte de ce titre sera fâcheuse pour l'actionnaire, car la société aura la faculté de considérer comme actionnaire le voleur d'un titre de légitimation⁴⁹¹, tout comme s'il s'agissait d'un titre au porteur.

C. L'EXERCICE DES DROITS PATRIMONIAUX

1. *Le droit au dividende*

La jurisprudence⁴⁹² et la doctrine⁴⁹³ distinguent le droit de fixer le dividende par un vote à l'assemblée générale, et le droit de créance qui résulte de cette décision en faveur de l'actionnaire.

Le premier prend naissance au plus tôt le jour suivant la fin du premier exercice social. Le second, de nature patrimoniale, naît après la décision de l'assemblée générale de distribuer un dividende. L'actionnaire ne peut plus être privé de ce droit par la société contre son gré après la décision de l'assemblée générale⁴⁹⁴. Le droit de fixer le dividende peut ne pas exister lorsque la société n'a pas de bénéfice à distribuer.

⁴⁸⁹ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

⁴⁹⁰ Art. 972 al. 1 CO.

⁴⁹¹ Boemle, thèse, p. 22.

⁴⁹² Arrêt Häring contre Wortmann, du 7 juillet 1964, ATF 90 II pp. 235 ss, JT 1965 I pp. 138 ss, notamment 142.

⁴⁹³ Bürgi, pour sa part, distingue trois sortes de droit au dividende, Commentaire ad art. 660, 661 CO, notes 7, 8, 9 et 10.

⁴⁹⁴ Bürgi, Commentaire ad art. 660, 661 CO, note 36.

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

aa) L'absence de coupons

Le dividende doit être payé à la personne qui justifie de sa qualité d'actionnaire par la production d'un titre de preuve, ou de toute autre manière.

Lorsque la société reconnaît, sans autre examen la qualité d'actionnaire à la personne qui lui présente un titre de preuve, elle peut engager sa responsabilité si cette personne se révèle ne pas être actionnaire de la société. En l'absence d'une déclaration de cession ou de tout autre document pouvant en tenir lieu, tel qu'un certificat d'héritier, le titre de preuve ne peut à lui seul créer une présomption de la qualité d'actionnaire, en dehors du cas où il est en main du souscripteur de l'action.

La société ne saurait se libérer valablement de sa dette de dividende en payant de bonne foi à une personne qui n'y a pas droit. Elle est tenue d'examiner le titre de preuve des droits d'actionnaire ou tout autre moyen de preuve qui lui est présenté pour obtenir le paiement du dividende. Epreuve-t-elle des doutes quant à l'identité du véritable ayant droit, elle peut se libérer en consignnant le dividende ⁴⁹⁵.

La créance de dividende de l'actionnaire n'étant pas incorporée dans un papier-valeur, la présentation d'un éventuel titre de preuve, fût-ce un titre de légitimation, ne met pas automatiquement la société en demeure de payer le dividende.

Au moment du paiement, la société peut exiger une quittance ⁴⁹⁶. L'actionnaire qui donne quittance pour le dividende d'un exercice est réputé avoir reçu les dividendes afférents aux exercices antérieurs s'il ne fait pas de réserves à ce sujet ⁴⁹⁷.

Comme toute créance, le dividende peut faire l'objet d'une cession de l'actionnaire à un tiers, et la société doit respecter celle-ci dès qu'elle lui a été notifiée ⁴⁹⁸. Si la cession du dividende est litigieuse, la société se libérera par une consignation ⁴⁹⁹.

La société s'expose à devoir payer une seconde fois, si elle verse le dividende sans exiger la remise préalable d'un titre de présentation délivré à l'actionnaire. Sa responsabilité n'est pas dégagée, mais seulement diminuée, lorsqu'elle paie contre simple présentation du titre sans procéder à d'autres investigations visant à déterminer la qualité d'actionnaire.

La société n'encourt, en revanche, aucune responsabilité dans l'éventualité où elle a payé le dividende sur présentation d'un titre de légitimation. Elle

⁴⁹⁵ Art. 96 CO.

⁴⁹⁶ Art. 88 al. 1 CO.

⁴⁹⁷ Art. 89 al. 1 CO.

⁴⁹⁸ Art. 167 CO.

⁴⁹⁹ Art. 168 al. 1 CO.

ne peut pas être appelée à verser une seconde fois ce dividende lorsqu'elle l'a payé à un voleur dudit titre, sauf dol ou négligence grave de sa part ⁵⁰⁰.

bb) L'existence de coupons

Le droit au dividende fait fréquemment l'objet d'un papier-valeur séparé, le coupon. Dans la pratique, c'est en règle générale un titre au porteur ⁵⁰¹, mais on ne peut exclure qu'une autre forme de papier-valeur ne soit choisie ⁵⁰².

Peut-on concevoir qu'à un titre de preuve soient attachés des coupons qui, eux, ont la forme d'un papier-valeur, ou que les coupons puissent même exister seuls ?

Jäggi ⁵⁰³ répond affirmativement et cite l'exemple du titre remis aux associés d'une Sàrl ⁵⁰⁴, ou d'une société coopérative ⁵⁰⁵, qui ne peut revêtir la forme d'un papier-valeur. En tant que créance de l'actionnaire, le dividende est susceptible d'un sort différent de celui des autres droits découlant de son sociétariat. La société est libre d'incorporer d'autres droits de créance dans des papiers-valeurs.

Ceci étant, on ne voit pas pour quelle raison cette liberté devrait être restreinte pour la créance de dividende de l'actionnaire. La société doit pouvoir se borner à émettre un papier-valeur qui ne matérialise que ce droit de l'actionnaire et non pas ses prérogatives sociales ⁵⁰⁶, dès l'instant où on lui reconnaît la faculté de ne remettre aucun titre à l'actionnaire.

Cette manière de procéder permet d'atténuer les inconvénients que représente pour l'actionnaire l'absence de titre, tout en sauvegardant le but recherché ⁵⁰⁷. L'exercice des droits sociaux est étroitement surveillé, tandis que l'exercice d'un droit patrimonial est facilité.

Cela étant, la société ne pourra payer le dividende avec effet libératoire qu'à la personne qui lui présentera le coupon, sauf négligence grave ou dol de sa part ⁵⁰⁸. Elle évite ainsi le risque de devoir payer deux fois.

Le coupon étant un papier-valeur, la société qui paie est protégée dans sa bonne foi, au même titre que l'acquéreur d'un coupon, pour autant qu'elle ne l'ait pas fait avant le terme fixé; ce faisant, elle ôterait au véritable ayant

⁵⁰⁰ Une application par analogie de l'art. 966 al. 2 CO au titre de légitimation s'impose, car il n'y a pas de raison de se montrer ici plus exigeant envers la société que dans l'hypothèse où elle a délivré à l'actionnaire un papier-valeur matérialisant ses droits.

⁵⁰¹ Müller, SJZ 1962 pp. 277 ss; Jäggi, Commentaire ad art. 980 CO, note 1.

⁵⁰² Wolf, SJZ 1962 p. 349.

⁵⁰³ Jäggi, Commentaire ad art. 980 CO, note 3.

⁵⁰⁴ Cf. *supra*, pp. 28 ss.

⁵⁰⁵ Cf. *supra*, pp. 30 ss.

⁵⁰⁶ A notre avis, la même solution ne pourrait être admise pour un droit social, car d'une part le principe de l'indivisibilité du sociétariat s'y opposerait, et d'autre part, la notion du papier-valeur doit être réservée aux titres qui incorporent des droits ayant une valeur pécuniaire, cf. *supra*, p. 17.

⁵⁰⁷ *Supra*, pp. 58 ss.

⁵⁰⁸ Art. 966 al. 2 CO.

droit la possibilité de s'annoncer en temps utile ⁵⁰⁹. La société n'est en demeure de payer qu'après présentation du coupon dont l'existence rend la dette de la société quérable. Pour pouvoir valablement refuser sa prestation, elle doit séance tenante établir que le détenteur du coupon n'est pas le légitime titulaire du dividende. Le paiement d'un coupon afférent à un exercice n'empêche pas l'actionnaire d'exiger ultérieurement le paiement de coupons afférents à des exercices antérieurs, comme c'est le cas pour l'actionnaire sans coupon qui ne fera pas de réserves.

La société qui paie le dividende à la personne munie d'un titre de preuve de sa qualité d'actionnaire, faute de pouvoir présenter le coupon, s'expose au risque de devoir payer une seconde fois, à moins d'avoir pris la précaution de faire annuler le coupon, selon la procédure spéciale pour les coupons isolés ⁵¹⁰.

La présentation du titre de preuve de la qualité d'actionnaire n'est pas nécessairement suffisante ⁵¹¹ pour obtenir une nouvelle feuille de coupons, mais bien en revanche la présentation du talon que la société a pu remettre à l'actionnaire à cet effet et qui est déclaré papier-valeur par le législateur ⁵¹². La société ne sera pas tenue de respecter l'opposition que ferait le détenteur du titre de preuve à l'émission de nouvelles feuilles de coupons, lorsque celle-ci est requise sur présentation d'un talon. Il en va différemment lorsqu'on est en présence d'un papier-valeur ⁵¹³.

En l'absence d'un talon, la perte du titre de preuve ne met pas automatiquement l'actionnaire dans l'impossibilité de demander une nouvelle feuille de coupons. Il peut justifier de sa qualité d'ayant droit d'une autre manière. La perte simultanée du titre de preuve des droits d'actionnaire et de la feuille de coupons autorise la société à exiger la remise d'une déclaration authentique ou dûment légalisée constatant l'annulation ⁵¹⁴ du premier document, avant de délivrer une nouvelle feuille de coupons. Avant de payer le dividende, la société devra exiger en outre l'annulation judiciaire de la feuille de coupons. La perte du titre de preuve est sans effet sur la perception du dividende, aussi longtemps que des coupons existent.

Cela est exact tout au moins dans la mesure où ces coupons concernent des dividendes dont le versement a déjà été décidé par l'assemblée générale antérieurement à la perte du titre de preuve. C'est plus discutable pour les dividendes qui seront versés postérieurement à celle-ci. L'opinion a été émise ⁵¹⁵ que l'annulation judiciaire du titre d'action matérialisant le sociétariat de l'ac-

⁵⁰⁹ Cudkowicz, p. 77.

⁵¹⁰ Art. 987 CO, cf. Strohmeier, pp. 112 ss.

⁵¹¹ L'art. 981 al. 4 CO est inapplicable, la possession d'un titre de preuve ne créant qu'une faible présomption de la titularité du droit qu'il atteste.

⁵¹² Art. 981 al. 1 CO.

⁵¹³ Cf. Jäggi, Commentaire ad art. 980 CO, note 5.

⁵¹⁴ Art. 90 al. 1 CO.

⁵¹⁵ Von Steiger, Société anonyme, p. 177.

tionnaire, ou une déclaration de déchéance affecte non seulement le titre principal, mais aussi le coupon.

Nous pensons que la réponse doit être différenciée suivant l'hypothèse envisagée. Lorsque l'actionnaire est déchu de son sociétariat⁵¹⁶, il perd tous ses droits d'actionnaire, donc aussi une créance de dividende qui naîtrait postérieurement à la déclaration de déchéance. Il est dès lors normal de considérer qu'elle affecte aussi le coupon.

En revanche, lorsqu'il s'agit simplement d'annuler un titre d'action parce qu'il a été perdu ou détruit, les droits d'actionnaire existent toujours et, partant, la possibilité pour l'ayant droit de devenir titulaire d'une créance de dividende, postérieurement à la perte, ou à la destruction du titre. On ne voit dès lors pas la raison pour laquelle une telle annulation devrait aussi affecter une feuille de coupons, voire des coupons isolés. Ce qui doit être vrai dans l'hypothèse où le titre d'action est un papier-valeur, l'est aussi lorsqu'il n'est qu'un simple titre de preuve. Nous pensons que l'annulation⁵¹⁷ de ce dernier est sans effet sur le coupon, partant de l'idée qu'il est un papier-valeur autonome et non un accessoire⁵¹⁸.

b) Le certificat intérimaire

La présentation du certificat, éventuellement assorti d'une déclaration de cession, oblige la société à payer le dividende⁵¹⁹ à moins, ce qui n'est pas impensable, qu'une feuille de coupons ait été émise simultanément avec le certificat. Il suffirait alors de détacher le coupon correspondant pour percevoir le dividende. Si tel n'est pas le cas, la société ne peut valablement payer le dividende à celui qui ne posséderait pas le certificat et se bornerait à lui présenter une déclaration de cession des droits d'actionnaire, de même que la seule présentation du certificat est insuffisante lorsque la personne qui possède le certificat n'est pas celle au nom de laquelle il a été émis. Si la qualité d'actionnaire paraît douteuse à la société, le prétendu titulaire du sociétariat pourra être tenu d'établir le bien-fondé de ses droits et la société aura la possibilité de consigner le dividende⁵²⁰.

La perte ou la destruction du certificat oblige l'actionnaire à établir sa légitimation par un jugement d'annulation ou, si celui-ci ne peut être obtenu, par une action en reconnaissance de sa qualité.

c) Le certificat d'actions

Il est en principe suffisant de justifier de la possession du certificat d'actions pour percevoir le dividende afférent aux actions qu'il représente.

⁵¹⁶ Art. 681, 682 CO.

⁵¹⁷ Art. 90 al. 1 CO.

⁵¹⁸ Beeler, p. 482; Contra, Müller, SJZ 1962, p. 277.

⁵¹⁹ Art. 975 al. 1 CO.

⁵²⁰ Art. 96 CO.

Toutefois, on peut aussi imaginer qu'un certificat d'actions soit assorti d'autant de feuilles de coupons qu'il mentionne d'actions. Le dividende de chaque action peut alors être perçu séparément.

Pareille possibilité existe-t-elle dans le cas de certificats aussi bien indivisibles que divisibles ?⁵²¹ L'émission de certificats de la première catégorie exige une clause statutaire. Les droits de créance, comme le dividende, sont cessibles, à moins que la cession n'en soit interdite par la loi, la convention ou la nature de l'affaire⁵²². Les statuts d'une société ayant le caractère d'une convention, nous pensons qu'à moins que les statuts ne l'interdisent expressément, des certificats indivisibles peuvent être assortis de coupons séparés. Cette solution a l'avantage de ne pas porter atteinte à la cessibilité du dividende propre à chaque action, tout en sauvegardant le but visé par l'émission de certificats indivisibles, à savoir éviter la répartition des actions parmi un trop grand nombre de personnes.

d) Le titre nul

La société ne peut valablement payer le dividende au détenteur d'un titre d'action nul, lequel est tenu de justifier de sa qualité d'une autre manière que par la seule possession de son titre. A la rigueur et suivant les circonstances, le titre nul pourra cependant constituer un moyen de preuve de la qualité d'actionnaire. Il en serait ainsi d'un document ne portant pas la mention « action »⁵²³ ou dont les énonciations ne feraient pas ressortir l'espèce de titre émis par la société⁵²⁴ et qui se trouverait entre les mains du souscripteur.

Le titre nul perd en toutes circonstances son rôle éventuel de moyen de preuve pour établir la qualité d'actionnaire sitôt que la société a procédé, sur sa propre initiative ou à la demande de l'actionnaire, à la confection d'un nouveau titre valable. La société ne pourra plus payer le dividende qu'entre les mains du détenteur du nouveau titre, du fait que l'émission de ce dernier équivalait pour elle à une promesse dans ce sens.

Qu'en est-il enfin des feuilles de coupons valables émises avec un titre nul ? Partant de l'idée que le coupon est un papier-valeur autonome⁵²⁵, la nullité du titre censé matérialiser le sociétariat de l'actionnaire n'affectera pas automatiquement sa validité. Dans ce cas, la société ne procédera qu'à un échange du titre, sans émettre de nouvelles feuilles de coupons à l'actionnaire.

⁵²¹ Cf. *supra*, pp. 49 ss.

⁵²² Art. 164 al. 1 CO.

⁵²³ *Supra*, p. 51.

⁵²⁴ *Supra*, p. 52.

⁵²⁵ *Supra*, p. 123.

e) Le titre non disponible

La perte de la possession du titre peut empêcher l'actionnaire d'obtenir le paiement du dividende, si la société n'a pas émis de coupons matérialisant ce droit. Aussi longtemps qu'il disposera de coupons, il ne rencontrera pas de difficultés. La société ne sera pas autorisée à payer le dividende à un acquéreur de bonne foi du titre dès l'instant où elle a émis des coupons⁵²⁶. Le fait de ne pas pouvoir disposer du titre ne se fera sentir que le jour où la feuille de coupons devra être renouvelée.

La remise du coupon ne pourra être exigée lorsque l'actionnaire l'aura fait annuler par suite de perte⁵²⁷. Cela ne lui permettra pas pour autant d'obtenir le versement du dividende sans le coupon, dès lors qu'il ne peut exhiber son titre d'action. Pour éviter tout risque que la société ne paie le dividende avec effet libératoire pour elle à une personne autre que l'ayant droit, l'actionnaire sera obligé d'étendre la procédure d'annulation au titre d'action.

f) Le titre perdu ou volé, et annulé

L'actionnaire peut toucher son dividende de la même manière que celui dont les droits n'ont jamais été incorporés dans un papier-valeur. La présentation à la société d'un jugement d'annulation du titre ou constatant avec une vraisemblance confinant à la certitude au moins sa destruction est un préalable indispensable. Cette constatation sera suffisante lorsque l'actionnaire n'est pas en mesure d'individualiser le titre, par exemple en indiquant son numéro⁵²⁸. Après avoir obtenu un jugement d'annulation du titre, l'actionnaire peut utiliser n'importe quel moyen de légitimation sans être tenu de recourir à la présentation d'un titre de remplacement ou, lorsqu'il est émis, du coupon.

2. Le droit préférentiel de souscription

a) Généralités

Si la doctrine moderne a tendance à considérer le droit préférentiel de souscription comme un droit social de l'actionnaire⁵²⁹, il n'en reste pas moins que sa valeur pécuniaire reste pour l'actionnaire au premier plan; dans bien des cas, elle dépasse en importance le dividende, voire le remplace. La conception traditionnelle qui voit dans le droit préférentiel de souscription un droit

⁵²⁶ Il paraît douteux qu'une telle acquisition soit concevable dans ces circonstances, l'absence de feuilles de coupon devant inciter l'acquéreur des droits d'actionnaire à une prudence accrue.

⁵²⁷ Art. 987 CO.

⁵²⁸ Cf. Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

⁵²⁹ Patry/Aubert, p. 22.

patrimonial n'est ainsi pas dépassée, bien qu'il faille admettre que ce droit n'est pas cessible en toutes circonstances ⁵³⁰.

Toutefois, d'après la législation en vigueur, l'exercice du droit préférentiel de souscription dépend d'une décision de l'assemblée générale d'augmenter le capital ⁵³¹. Cette assemblée dispose d'une grande liberté puisqu'elle peut attribuer à d'autres personnes que l'actionnaire le droit de souscrire de nouvelles actions et, éventuellement, soumettre son exercice à certaines conditions ⁵³². On peut donc considérer que ce droit n'est pas a priori incorporé dans le titre que la société remet, normalement, à l'actionnaire pour matérialiser son sociétariat.

L'importance de ce droit fait qu'il est parfois incorporé dans un coupon normalement destiné au paiement d'un dividende ⁵³³, ou qu'il fait même l'objet de papiers-valeurs spéciaux créés à cet effet.

Rappelons qu'en principe n'importe quel droit ⁵³⁴ est susceptible d'être incorporé dans un papier-valeur, donc aussi le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire ⁵³⁵. Dans ces conditions, il paraît utile d'examiner successivement la situation de l'actionnaire qui ne dispose d'aucun papier-valeur pour exercer son droit de souscription et celle où, malgré l'absence d'un titre incorporant sa qualité d'actionnaire, il dispose d'un papier-valeur pour exercer ce seul droit.

b) L'absence de coupons

En l'absence de toute précision apportée sur ce plan par la décision de l'assemblée générale pour l'exercice du droit de souscription, l'actionnaire devra présenter son titre de preuve à la société, éventuellement pour estampillage. S'il s'est légitimé autrement que par la production d'un document, la société est en droit d'exiger de lui une déclaration écrite certifiant qu'il a exercé son droit ⁵³⁶.

Lorsque le sociétariat de l'actionnaire n'a pas reçu une forme corporelle par l'émission d'un papier-valeur, il peut être délicat de déterminer à qui doit être attribuée la qualité d'actionnaire. Deux personnes peuvent en effet prétendre à la titularité de la même action. Une déclaration de cession peut être ambiguë de sorte qu'il est difficile de déterminer si elle a réellement eu pour effet le transfert des droits ⁵³⁷.

⁵³⁰ Pour Tenger, p. 49, le droit préférentiel de souscription n'est pas un droit patrimonial pur, puisqu'il n'est pas un droit patrimonial transférable en toutes circonstances, cf. aussi von Steiger, SAG 1962/63 pp. 243 ss, notamment 245.

⁵³¹ Il en irait différemment si la notion du capital autorisé était introduite dans le droit de la société anonyme, comme le préconise le groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, cf. Rap. int., pp. 100 ss.

⁵³² Cf. Pestalozzi, A., SAG 1962/63 pp. 137 ss.

⁵³³ Siegwart, Commentaire ad art. 652 CO, note 4.

⁵³⁴ Pour autant toutefois qu'il ait une valeur pécuniaire, cf. *supra*, p. 17.

⁵³⁵ Ott, p. 144.

⁵³⁶ Art. 88 al. 1 CO.

⁵³⁷ *Infra*, p. 149.

Dans ces circonstances, il ne restera guère d'autre possibilité à la société que de consigner⁵³⁸ les nouvelles actions, après avoir obtenu des deux parties en présence la consignation des fonds destinés à leur libération, lorsque la décision de l'assemblée générale ne la prévoit pas moyennant des fonds propres de la société. Le procédé permettra de mettre à disposition de la société les fonds correspondant aux actions émises et de restituer, le moment venu, au souscripteur-actionnaire non reconnu sa mise de fonds. Le paiement des nouvelles actions devant intervenir dans un certain délai, la personne faisant valoir le droit préférentiel de souscription qui aurait omis de libérer les actions sera automatiquement déchu de ses droits.

Point n'est besoin d'insister sur le fait que de sérieux inconvénients peuvent résulter de telles situations pour la société jusqu'à droit connu sur la qualité d'actionnaire. Le droit de vote dérivant de telles actions ne peut passagèrement être exercé, puisque leur ayant droit n'est pas connu. Cela pourra entraîner une impossibilité de prendre des décisions nécessitant l'unanimité et éventuellement même compromettre la réunion des majorités qualifiées que le législateur exige pour certaines décisions.

Lorsque la société n'aura pas pris la précaution de consigner les actions en cas de doute sur la personne du véritable actionnaire, elle s'exposera au risque d'une action en dommages-intérêts de l'actionnaire spolié de son droit de souscription, sans possibilité pour ce dernier de revendiquer les actions non attribuées⁵³⁹.

Il est unanimement admis en doctrine que le droit préférentiel de souscription de l'actionnaire est cessible indépendamment du sociétariat dont il dérive⁵⁴⁰. S'il n'est incorporé dans aucun papier-valeur, les règles de la cession s'appliquent au transfert⁵⁴¹. La cession d'un droit est admissible dans la mesure où la loi, la convention ou la nature de l'affaire ne l'interdit pas⁵⁴², ce qui ne saurait être le cas pour l'action au porteur.

c) L'existence de coupons

Nous savons que l'actionnaire peut disposer d'un coupon, papier-valeur lui permettant de percevoir le dividende, bien qu'il n'ait aucun document incorporant son sociétariat, ou qu'il n'ait qu'un simple titre de preuve⁵⁴³. On ne voit pas ce qui pourrait empêcher la société d'utiliser un tel coupon pour incorporer un droit préférentiel de souscription de l'actionnaire. Au contraire, elle a tout intérêt à adopter ce procédé lorsqu'elle n'a pas incorporé le sociétariat dans un titre. La nature de papier-valeur implique pour la société

⁵³⁸ Art. 96 CO.

⁵³⁹ Siegwart, Commentaire ad art. 652 CO, note 16.

⁵⁴⁰ Ott, p. 131.

⁵⁴¹ Ott, p. 132.

⁵⁴² Art. 164 al. 1 CO.

⁵⁴³ Cf. *supra*, pp. 121 ss.

l'obligation d'admettre à l'exercice de ce droit la personne qui lui présentera le coupon. Elle n'a pas à se préoccuper de savoir si la détention en est légitime, à moins qu'en agissant de la sorte elle ne se rende coupable d'un dol ou d'une négligence grave⁵⁴⁴. Comme la société ne peut être dans l'incertitude sur l'ayant droit, elle ne saurait recourir à la consignation des actions issues de l'augmentation du capital pour se libérer de sa responsabilité.

Point n'est besoin d'insister ici sur le fait que l'actionnaire ne peut céder son droit de souscription sans procurer à l'acquéreur la possession du coupon⁵⁴⁵, à moins évidemment que celui-ci n'ait pas la nature juridique d'un papier-valeur. A cet égard, ce sont avant tout les modalités de souscription des nouvelles actions, telles que les fixe l'assemblée générale, qui sont déterminantes^{546, 547}.

3. *Le droit à la part de liquidation*

Quelques brèves observations s'imposent encore sur le droit de l'actionnaire à une part de liquidation de la société.

Dès l'instant où la société a été inscrite au Registre du commerce, elle peut être dissoute et, partant, l'actionnaire est en droit de réclamer une part du produit de la liquidation⁵⁴⁸ qui sera calculée proportionnellement aux versements opérés sur ses actions⁵⁴⁹. Comme pour le droit au dividende, il convient de distinguer d'une part le droit de fixer la part de liquidation et la décision de répartition et, d'autre part, le droit de créance qui en résulte pour l'actionnaire sur la société. Alors que l'exercice du premier est un droit social réservé à l'actionnaire ou à son représentant, le second peut être exercé par un tiers auquel il aurait été cédé⁵⁵⁰.

Aucun titre n'étant émis, le paiement de la part de liquidation pourra se faire contre remise d'une quittance de la part de l'actionnaire⁵⁵¹. La société peut réclamer la restitution d'un titre de preuve qu'elle aurait délivré à l'actionnaire et se faire remettre, en cas de perte de celui-ci, une déclaration authentique ou dûment légalisée constatant son annulation⁵⁵². Lorsque le titre d'action

⁵⁴⁴ Art. 966 al. 2 CO.

⁵⁴⁵ Art. 967 al. 1 CO.

⁵⁴⁶ Ott, p. 146.

⁵⁴⁷ Selon Jäggi, Commentaire ad art. 980 CO, note 6, l'émission de papiers-valeurs accessoires au titre principal, tels les coupons, nécessitent une base statutaire étant donné que le législateur ne soumet pas leur émission à des restrictions, pas plus qu'il ne les prescrit. Indépendamment du fait que cela ne semble pas correspondre à la pratique actuelle des sociétés, nous ne pouvons partager cette opinion eu égard au fait qu'en tout cas l'incorporation du droit de souscription dans un papier-valeur peut être décidée en dehors d'une base statutaire, la société jouissant d'une entière liberté à cet égard.

⁵⁴⁸ Art. 660 al. 1 CO.

⁵⁴⁹ Art. 661 CO.

⁵⁵⁰ Aschwanden, p. 109.

⁵⁵¹ Art. 88 al. 1 CO.

⁵⁵² Art. 90 al. 1 CO.

est nul en tant que papier-valeur, mais peut éventuellement encore servir comme moyen de preuve de la qualité d'actionnaire, la société serait bien avisée d'en exiger également la restitution.

L'actionnaire qui n'est pas en mesure de restituer le titre, alors que celui-ci a été émis par la société, ne peut ni se faire payer sa part de liquidation, ni céder celle-ci à un tiers, avant d'avoir obtenu l'annulation judiciaire de son titre, ou un jugement constatant sa qualité d'actionnaire⁵⁵³. La société qui verserait la part de liquidation sans avoir pris cette précaution s'expose au risque de se voir réclamer ce paiement une seconde fois par le porteur de bonne foi du titre⁵⁵⁴.

* * *

II. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION NOMINATIVE

La situation présente maintes analogies avec celle de l'actionnaire sans action au porteur, ce qui nous permet d'être plus brefs ici. La différence réside toutefois dans le fait que les sociétés qui émettent des actions nominatives doivent tenir un registre des actions. Comme il s'agit d'une disposition d'ordre⁵⁵⁵, de petites sociétés se dispensent souvent de cette formalité. Il convient dès lors de distinguer entre la société qui tient un registre des actionnaires, et celle qui n'en tient pas.

A. LA SOCIÉTÉ ANONYME TIENT UN REGISTRE DES ACTIONS

1. *La légitimation en général*

La personne inscrite au registre des actions est considérée comme actionnaire à l'égard de la société⁵⁵⁶, mais cette inscription ne déploie pas d'effet constitutif pour l'acquisition de la qualité d'actionnaire comme en a décidé le Tribunal fédéral⁵⁵⁷ qui a ainsi modifié son ancienne jurisprudence. Elle crée une simple présomption de la qualité d'actionnaire.

⁵⁵³ Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

⁵⁵⁴ Jäggi, Commentaire ad art. 979 CO, note 82.

⁵⁵⁵ Arrêt Carl Rahm AG contre Rahm, du 5 février 1960, ATF 86 II pp. 95 ss, JT 1960 I pp. 366 ss, notamment 368.

⁵⁵⁶ Art. 685 al. 4 CO.

⁵⁵⁷ Arrêt Meier contre Fischer, du 23 juin 1964, ATF 90 II pp. 164 ss, JT 1965 I pp. 48 ss.

Du fait de l'existence d'un registre des actions, la possession du titre perd de son importance. Elle n'est pas nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire, quelles que soient les raisons pour lesquelles ce dernier se trouve démuné du titre.

L'inscription au registre des actions équivaut à un examen anticipé⁵⁵⁸ de la légitimation de l'actionnaire. Elle déploie son effet aussi longtemps qu'un autre actionnaire n'a pas été inscrit à sa place. La radiation du registre des actions ne peut intervenir qu'avec le consentement de l'actionnaire, ou sur un ordre judiciaire, la société ne pouvant de sa propre initiative procéder à celle-ci⁵⁵⁹. L'actionnaire qui ne dispose pas du titre, soit qu'il l'ait perdu, soit que sa qualité n'y ait pas été incorporée, peut toujours exercer ses droits, alors qu'il n'est peut-être plus en mesure de les transférer⁵⁶⁰. Pensons à l'éventualité où il a perdu la possession de son titre sans que celui-ci ait fait l'objet d'une procédure d'annulation.

L'inscription au registre des actions permet à l'actionnaire d'exercer ses droits indépendamment du titre; la société peut s'y fier aussi longtemps qu'elle n'a pas de raison de penser que cette inscription ne correspond pas à la situation juridique réelle.

Nous devons toutefois assortir cette constatation d'une réserve. Dans certaines circonstances, l'effet attaché à l'inscription au registre des actions ne concerne que l'exercice des prérogatives sociales de l'actionnaire. Il en sera ainsi lorsque certains droits patrimoniaux de l'actionnaire auront été incorporés dans des papiers-valeurs séparés, tels que le droit au dividende et le droit préférentiel de souscription. La société peut procéder de la sorte, alors même qu'elle n'a pas émis de titres matérialisant la qualité d'actionnaire⁵⁶¹. La forme de titres au porteur ne sera pas obligatoire⁵⁶². Toutes les espèces de papiers-valeurs peuvent servir à cet effet.

2. *L'exercice des droits sociaux*

L'absence d'incorporation des droits de l'actionnaire dans un titre à ordre ou nominatif ne modifie pas la situation du titulaire, lorsque celui-ci est inscrit sur le registre des actions. Sa qualité d'actionnaire ayant été examinée préalablement à l'inscription, elle ne doit pas, sauf circonstances spéciales, être réexaminée à chaque assemblée générale. La société peut certes exiger de l'actionnaire qu'il lui rapporte une preuve supplémentaire de son sociétariat, mais elle est aussi autorisée à se fier à l'inscription figurant dans son registre.

⁵⁵⁸ Hagmann, p. 69.

⁵⁵⁹ Bûrgi, Commentaire ad art. 685 CO, note 9.

⁵⁶⁰ *Infra*, p. 170.

⁵⁶¹ Jäggi, Commentaire ad art. 980, note 3.

⁵⁶² Wolf, SJZ 1962 pp. 349 ss.

L'actionnaire peut être admis à exercer le droit de vote, le droit d'obtenir des renseignements ⁵⁶³ de la société, ou encore à attaquer une décision de l'assemblée générale, sur la foi de son inscription ⁵⁶⁴.

Peu importe que la société ait connaissance de la perte du titre, ou qu'elle soit au courant qu'une procédure d'annulation est pendante, voire que celle-ci a abouti à l'annulation du titre qu'elle a délivré. Il en irait évidemment autrement d'un prononcé de déchéance de la qualité d'actionnaire. Aussi longtemps que personne n'élève une protestation et justifie de droits préférentiels propres à détruire la présomption de la qualité d'actionnaire créée par l'inscription, l'actionnaire sera admis à l'exercice de ses droits.

Ceci permet de constater qu'un actionnaire sans action nominative, mais inscrit sur le registre des actions, ne sera nullement gêné dans l'exercice de ses droits sociaux, pas plus que cet état de fait ne perturbera la bonne marche de l'assemblée générale, la société étant autorisée à se fier aux inscriptions figurant sur le registre des actions.

Une autre conséquence sera que, au cas où le titre est devenu défectueux ⁵⁶⁵ en raison d'une modification statutaire, la société n'aura pas la possibilité de contraindre indirectement l'actionnaire inscrit à l'échange du titre en lui refusant l'exercice de ses droits s'il ne se soumet pas à cette exigence. Elle pourrait le faire, si la qualité d'actionnaire était incorporée dans un titre au porteur.

3. *L'exercice des droits patrimoniaux*

Le moyen de légitimation que constitue le registre des actions est aussi déterminant, en principe, pour l'exercice des droits patrimoniaux. Nous savons cependant qu'il ne l'est que pour autant que la société n'ait pas incorporé la créance de dividende ou le droit préférentiel de souscription dans un titre séparé ⁵⁶⁶. En tout état de cause cette inscription créera cependant une présomption d'ayant droit quant à la personne habilitée à exiger de la société de nouvelles feuilles de coupon.

Si la société n'a pas émis de coupons, c'est l'actionnaire inscrit qui pourra faire valoir le droit au dividende, voire le droit préférentiel de souscription. Il est évident que la perte du coupon ne permettra pas à l'actionnaire d'invoquer son inscription sur le registre des actions pour exercer le droit patrimonial qu'il incorpore. Cette inscription ne sera déterminante qu'après l'annulation du coupon.

⁵⁶³ Art. 697 CO.

⁵⁶⁴ Hagmann, p. 95.

⁵⁶⁵ Il ne peut, après son émission, devenir défectueux au point de ne plus incorporer la qualité d'actionnaire, cf. *supra*, p. 54.

⁵⁶⁶ Cf. *supra*, p. 130.

B. LA SOCIÉTÉ ANONYME NE TIENT AUCUN REGISTRE DES ACTIONS

1. *La légitimation en général*

L'absence de règles strictes quant à la tenue d'un registre des actions et notamment l'absence de toute sanction à l'égard de la société défailante font qu'il arrive souvent que de petites sociétés s'abstiennent de tenir un tel registre ou, lorsqu'il existe, ne le tiennent pas à jour.

Cela n'affectera pas nécessairement l'exercice des droits de l'actionnaire dès lors que le Tribunal fédéral n'attache pas, contrairement à son ancienne jurisprudence, un effet constitutif⁵⁶⁷ à l'inscription de l'actionnaire. La société qui tirerait argument du fait que l'actionnaire n'est pas inscrit pour contester sa qualité de membre pourrait, dans certaines circonstances, s'exposer au reproche d'un abus de droit⁵⁶⁸.

L'actionnaire sans action nominative non inscrit au registre des actions et privé pour une raison quelconque d'un titre à ordre ou nominatif, se trouve dans une situation comparable à celle d'un actionnaire sans action au porteur. Il rencontrera les mêmes difficultés que ce dernier dans l'exercice de ses droits. Nous pouvons donc renvoyer aux développements faits à ce propos⁵⁶⁹.

Aucun titre de preuve ne pourra obliger la société à reconnaître la qualité d'actionnaire au détenteur du titre. Certes, elle ne pourra pas simplement refuser de reconnaître la validité du titre, mais devra de son côté, selon les règles de la bonne foi et conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁵⁷⁰, contribuer à élucider l'état de fait.

Il appartiendra ainsi à la société d'établir que la présomption créée par le titre de preuve ne correspond pas à la réalité, et à l'actionnaire de prouver l'inexistence de ces mêmes faits. Il n'en reste pas moins que, suivant les circonstances, l'actionnaire sera dans une incertitude plus ou moins grande quant à la possibilité d'exercer ses droits dans la société. Il peut lever cette incertitude en exigeant de la société qu'elle crée un registre des actions, au besoin par le moyen d'une action en exécution⁵⁷¹.

L'émission d'un certificat intérimaire pour une action nominative non intégralement libérée⁵⁷², ou l'émission d'un certificat d'actions remis à l'actionnaire en lieu et place de titres unitaires, dissipera cette incertitude. En cas d'acquisition originaire de ses droits, la présentation de ces documents obligera la société à reconnaître la qualité d'actionnaire à son détenteur. Lorsque, en

⁵⁶⁷ Arrêt Meier contre Fischer, du 23 juin 1964, ATF 90 II pp. 164 ss, JT 1965 I pp. 48 ss.

⁵⁶⁸ Tribunal de commerce de Zürich, du 6 février 1940, Bl. ZR 1940 pp. 213 ss.

⁵⁶⁹ *Supra*, pp. 103 ss.

⁵⁷⁰ Arrêt Schwab contre Bürgi, du 22 octobre 1940, ATF 66 II pp. 145 ss, JT 1941 I pp. 171 ss; Arrêt Lolli contre Verzasca SA, du 25 septembre 1969, ATF 95 II pp. 231 ss, JT 1970 I pp. 323 ss.

⁵⁷¹ Bürgi, Commentaire ad art. 685 CO, note 3.

⁵⁷² Pour autant qu'elle présente un intérêt, cf. *supra*, p. 48.

revanche, l'acquisition des droits d'actionnaire est dérivée, la seule possession du certificat ne suffira plus. La légitimation de l'actionnaire devra obligatoirement être complétée, soit par un endossement nominatif ou en blanc, soit par une cession, ce qui sera possible, alors même que le certificat en cause sera un titre à ordre ⁵⁷³.

2. *L'exercice des droits sociaux*

En l'absence d'un registre des actions, l'actionnaire sans action nominative partagera, en principe, la situation d'un actionnaire sans action au porteur, sauf si ses droits sont incorporés dans un certificat intérimaire ou un certificat d'actions, auquel cas sa légitimation devra être complétée par un endossement ou une cession. Lorsque l'actionnaire n'est pas au bénéfice d'un tel acte translatif des droits, la possession de ce papier-valeur ne lui sera d'aucune utilité, tout comme une simple cession des droits sans mise en possession du certificat ne pourra l'habiliter à exercer le droit de vote à l'assemblée générale ni aucun autre droit social.

L'indisponibilité du titre, voire sa perte, ne fera cependant pas courir à son possesseur légitime les mêmes risques qu'affrontera l'actionnaire privé d'un titre au porteur. Elle lui ôtera simplement la possibilité d'exercer ses droits dans la société, mais ne mettra pas une autre personne en mesure d'exercer ses droits à sa place, faute d'annulation du titre. Il convient toutefois de réserver le cas où le titre a été muni d'un endossement ou d'une cession en blanc ⁵⁷⁴.

3. *L'exercice des droits patrimoniaux*

Là encore, nous devons renvoyer le lecteur à ce que nous avons exposé à propos de la situation de l'actionnaire sans action au porteur. Lorsque des coupons sont émis pour matérialiser séparément les droits patrimoniaux les plus importants, le droit au dividende et le droit préférentiel de souscription, seule leur possession pourra légitimer l'actionnaire à l'exercice de ces droits. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, ce rôle sera assumé par la possession du titre à ordre ou nominatif, ou lorsque celui-ci n'est pas émis, par un titre de preuve, voire par tout autre document ou moyen de preuve de nature à établir la qualité d'actionnaire.

* * *

⁵⁷³ Il s'agira alors d'un transfert dit atypique dont la conséquence directe sera l'absence de protection de l'acquéreur de bonne foi du certificat, Stahel, p. 103; Ribí, pp. 166 ss.

⁵⁷⁴ Cf. *supra*, pp. 100-101.

III. LES STATUTS RESTREIGNENT LE TRANSFERT DES ACTIONS

Nous verrons plus loin ⁵⁷⁵ que la dissociation des droits de l'actionnaire consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral ⁵⁷⁶ ne peut, à notre avis, être admise lorsque l'actionnaire se trouve privé de titres, faute pour la société d'en avoir émis. L'actionnaire non agréé par la société ne peut ainsi exercer aucun droit découlant du sociétariat. Aussi bien le droit préférentiel de souscription que le dividende ne peuvent appartenir qu'à l'aliénateur des droits. Il en ira de même pour l'actionnaire dont le titre est nul du fait que sa qualité est exprimée dans le titre de manière telle qu'elle affecte son incorporation dans celui-ci.

En revanche, lorsque la qualité d'actionnaire est incorporée dans un certificat intérimaire, qu'il ait la nature juridique d'un titre à ordre ou nominatif, la situation sera différente. L'actionnaire non agréé par la société pourra obtenir le paiement du dividende décidé par l'assemblée générale, mais sera exclu de l'exercice des droits sociaux et de son droit préférentiel de souscription. L'exercice de celui-ci appartient à l'actionnaire resté inscrit au registre des actions ⁵⁷⁷. Une autre solution pourrait rendre illusoire la clause d'agrément.

Convient-il d'assimiler pour la circonstance l'actionnaire dont le titre a été annulé ou qui a fait établir sa qualité par le moyen d'une action en reconnaissance ⁵⁷⁸ à celui qui n'a jamais obtenu de titre de la société et par conséquent refuser la possibilité d'une dissociation des droits ?

Nous ne pensons pas que cela serait admissible. Il convient en effet de se rappeler que l'annulation du titre place le requérant dans la situation où il se trouvait avant la perte ou la destruction de son titre ⁵⁷⁹. A ce moment-là, l'acquéreur non agréé de la qualité d'actionnaire pouvait espérer au moins obtenir le paiement du dividende de l'action. Il serait inéquitable et ne pourrait se justifier d'aucune manière que le paiement du dividende profite à l'actionnaire resté inscrit au registre des actions. On ne saurait objecter qu'il n'a qu'à demander à la société, comme la loi l'y autorise ⁵⁸⁰, un titre de remplacement pour rétablir la situation antérieure. La société ne pourra pas accepter cette demande dès l'instant où elle n'a pas donné son agrément au transfert du

⁵⁷⁵ *Infra*, pp. 172 ss.

⁵⁷⁶ Arrêt Häring contre Beglinger, du 11 juin 1957, ATF 83 II pp. 297 ss, JT 1958 I pp. 473 ss; Arrêt Häring contre Wortmann, du 7 juillet 1964, ATF 90 II pp. 235 ss, JT 1965 I pp. 138 ss.

⁵⁷⁷ Kraft, p. 240; Brunner, NZZ n° 3362, du 3 octobre 1960.

⁵⁷⁸ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

⁵⁷⁹ Arrêt Institut central des sociétés financières contre Union Nasic SA, du 27 février 1968, SJ 1969 pp. 433 ss.

⁵⁸⁰ Art. 972 al. 1 CO.

sociétariat. Nous le savons, le droit au titre de l'actionnaire découle de son sociétariat. Seul l'actionnaire figurant au registre des actions pourra faire cette demande à la société.

* * *

IV. L'EXERCICE DES DROITS D'ACTIONNAIRE PAR DES TIERS

La loi admet que l'actionnaire puisse se faire représenter dans l'exercice de ses droits par un tiers, lui-même actionnaire ou non de la société ⁵⁸¹. Des restrictions apportées à ce droit nécessitent une base statutaire ⁵⁸².

Ce principe est évidemment aussi applicable lorsque la société n'a émis aucun titre incorporant le sociétariat de l'actionnaire. Un titre de preuve dont disposerait l'actionnaire doit être remis au représentant, pour autant qu'il s'agisse d'un titre de présentation ou de légitimation. Rien n'empêche toutefois que la société renonce à cette exigence à l'égard du représentant.

Quelle que soit l'attitude adoptée par la société, le représentant devra obligatoirement présenter un pouvoir portant, soit la signature de l'actionnaire inscrit au registre des actions, soit la signature du dernier cessionnaire de la qualité d'actionnaire notifié à la société.

Il est pratiquement impossible pour l'actionnaire qui n'a pas reçu de papier-valeur d'éluder des restrictions légales ⁵⁸³ et statutaires qui limitent l'exercice de son droit de vote en recourant à l'institution de la représentation.

* * *

V. L'ÉLIGIBILITÉ A LA FONCTION D'ADMINISTRATEUR

Le droit de l'actionnaire de se faire élire administrateur de la société comporte une particularité. Chaque administrateur est tenu de déposer en garantie de sa gestion le nombre d'actions fixé par les statuts ⁵⁸⁴. Ce dépôt peut être effectué à sa place par des tiers ⁵⁸⁵. Comme la loi ne fixe pas de minimum ⁵⁸⁶, les statuts peuvent prévoir que le dépôt d'une seule action suffit ⁵⁸⁷. De quelle manière l'actionnaire ou le tiers dont les droits n'ont pas été incorporés dans

⁵⁸¹ Art. 689 al. 2 CO.

⁵⁸² Art. 627 chif. 10 CO.

⁵⁸³ Art. 691 al. 1 CO.

⁵⁸⁴ Art. 626 chif. 6.

⁵⁸⁵ Art. 709 al. 2 CO.

⁵⁸⁶ Art. 709 CO.

⁵⁸⁷ Von Steiger, Société anonyme, p. 59; Schucany, Commentaire ad art. 709 CO, note 2.

un titre peut-il satisfaire à cette exigence ? Il convient de se rappeler le but que le législateur assigne à ce dépôt d'actions, constituer une sûreté pour les droits afférents à la société, aux actionnaires et aux créanciers sociaux du fait de la responsabilité qui incombe aux administrateurs ⁵⁸⁸. En d'autres termes, ce dépôt d'actions a pour but de constituer un droit de gage légal ⁵⁸⁹ en faveur des précités ⁵⁹⁰. Du reste la rédaction allemande utilise expressément le terme de « gage » (Pfand) ^{590a}.

Lorsque les titres ne sont pas émis, il paraît conforme à la *ratio legis* de remplacer le dépôt légal d'actions de l'administrateur par la mise en gage d'autant de droits d'actionnaire ⁵⁹¹ que les statuts exigent de dépôt d'actions. Cette mise en gage s'opérera en la forme écrite ⁵⁹² et sera assortie d'une déclaration de l'administrateur ou du tiers qui aura constitué le gage, de ne pas céder ces actions. Les bénéficiaires du gage obtiennent ainsi une protection aussi efficace que par le dépôt d'actions, puisque les droits d'actionnaire ne peuvent être acquis par un tiers, fût-il de bonne foi, francs du droit de gage ⁵⁹³.

Le produit d'une exécution forcée ⁵⁹⁴ servirait en premier lieu à désintéresser la société, les actionnaires, ou encore les créanciers sociaux.

Une difficulté pourra surgir à propos de l'exercice du droit de vote lié à de tels droits d'actionnaire. L'exercice du droit de vote pour des actions mises en gage appartient à l'actionnaire, et non au créancier gagiste ⁵⁹⁵. La simple mise en gage de droits d'actionnaire correspondant aux actions d'administrateur n'empêche pas l'exercice du droit de vote de l'administrateur ou du tiers qui aura opéré la mise en gage. Toutefois, comme l'auteur du vote sera connu du fait que l'anonymat de l'actionnaire ne peut exister lorsque la société n'a pas émis de titres, une violation de la disposition interdisant aux administrateurs de participer aux votes de décharge ⁵⁹⁶ pourra aisément être constatée et sanctionnée en conséquence.

Remarquons enfin que la restitution des actions à l'expiration du mandat d'administrateur sera remplacée par une rétrocession des droits d'actionnaire. Elle interviendra lorsque l'administrateur aura obtenu sa décharge ⁵⁹⁷.

⁵⁸⁸ Art. 710 al. 2 CO.

⁵⁸⁹ Pour les difficultés qui peuvent surgir lorsqu'un tiers fait saisir de telles actions et entend les réaliser par la suite, cf. von Steiger, SJZ 1945 pp. 132 ss.

⁵⁹⁰ Schucany, Commentaire ad art. 710 CO, note 1; von Steiger, SAG 1957/58 pp. 11 ss, notamment 12.

^{590a} Art. 710 al. 2 CO.

⁵⁹¹ Siegwart, Commentaire ad art. 622 CO, note 40; Siegwart, SAG 1938/39 p. 85.

⁵⁹² Cf. *infra*, pp. 183 ss.

⁵⁹³ Le droit suisse ne protège qu'exceptionnellement la bonne foi de l'acquéreur d'un droit, cf. art. 18 al. 2 et 164 al. 2 CO.

⁵⁹⁴ *Infra*, pp. 243 ss.

⁵⁹⁵ Art. 905 CC.

⁵⁹⁶ Art. 695 CO.

⁵⁹⁷ Art. 710 al. 3 CO.

CHAPITRE VII

Le transfert de la qualité d'actionnaire

Il peut arriver que l'actionnaire désire transférer son sociétariat, alors qu'il n'a pas de titre. Dans certains cas, il pourra évidemment demander à la société de lui remettre un titre d'action⁵⁹⁸. L'espèce de papier-valeur qui incorporera les droits de l'actionnaire sera alors déterminante pour les modalités de transfert de la qualité d'actionnaire⁵⁹⁹.

Toutefois, il n'est pas toujours possible à l'actionnaire d'obtenir un titre, soit que la société n'ait pas le droit de l'établir⁶⁰⁰, ou que le titre remis soit impropre à l'usage auquel il est destiné⁶⁰¹, soit enfin qu'un tel titre ne puisse être obtenu en temps utile.

Il convient de ne pas non plus exclure l'hypothèse où la société refuse à tort de remettre un titre d'action à l'actionnaire. La simple énumération de ces situations suffit à démontrer l'intérêt de la question.

Il s'avérera nécessaire de distinguer dans ce chapitre également la situation où l'action est, selon clause statutaire, au porteur, de celle où les statuts la stipulent nominative⁶⁰². Nous étudierons successivement ces deux cas, étant entendu que dans le second, il y aura lieu d'opérer encore une distinction suivant que l'action est librement transmissible ou, au contraire, affectée de restrictions de transfert.

Pour le surplus, il convient d'être conscient du fait que notre législation admet que les deux espèces d'actions peuvent être intégralement ou partiellement libérées, contrairement à d'autres législations⁶⁰³, ce qui nous obligera à envisager séparément ces deux hypothèses, tant pour l'actionnaire sans action au porteur que pour celui qui est sans action nominative. Nous insisterons particulièrement sur la situation dans laquelle la société n'a pas émis de papier-valeur, c'est-à-dire lorsque la qualité d'actionnaire n'a pas été incorporée dans un document, étant donné l'intérêt qu'elle présente.

⁵⁹⁸ *Supra*, pp. 70 ss.

⁵⁹⁹ *Supra*, pp. 19 ss.

⁶⁰⁰ Par exemple lorsque les statuts excluent l'émission de titres d'action sous forme de papiers-valeurs, cf. *supra*, pp. 70 ss.

⁶⁰¹ *Supra*, pp. 51 ss.

⁶⁰² Certaines législations n'offrent pas le choix aux promoteurs d'une société anonyme, tel est notamment le cas de l'Italie, cf. *supra*, p. 34 et de la Grande-Bretagne où les actions au porteur sont interdites sauf accord du Trésor, cf. Wouters-van Wynendale-Huybrechts, p. 283.

⁶⁰³ En droit allemand, l'action doit être nominative aussi longtemps qu'elle n'est pas entièrement libérée, cf. AktG par. 10; il en est de même en droit français, cf. Wouters-van Wynendale-Huybrechts, p. 203.

Il nous a par ailleurs paru indispensable de maintenir la distinction adoptée précédemment entre l'actionnaire auquel la société n'a pas remis de titre au sens de notre définition ⁶⁰⁴, et celui qui, tout en ayant reçu un titre, ne peut pour une raison quelconque s'en servir.

I. LE DROIT AU TRANSFERT

Dans la mesure où le sociétariat de l'actionnaire est incorporé dans un papier-valeur, le transfert porte à la fois sur une chose, un faisceau de droits, et éventuellement une obligation, celle de libérer intégralement l'action. Lorsque cette incorporation n'existe pas ou a pris fin, on n'est plus en présence que d'un problème de transfert de droits et, le cas échéant, d'une obligation.

Dans les débuts de la société anonyme, on constate que le sociétariat de l'actionnaire était librement transmissible dans les grandes compagnies de commerce du XVIII^e siècle, précurseurs de la société anonyme moderne ⁶⁰⁵. La libre transmissibilité des droits de l'actionnaire était censée remplacer le droit inexistant de quitter la société. Sous le régime du Code fédéral des obligations de 1881, ce principe découlait de l'art. 637 al. 2 CO ⁶⁰⁶. Pour le droit actuel, on le déduit *a contrario* de l'art. 627 chif 8 CO ⁶⁰⁷ pour les actions nominatives, alors que pour les actions au porteur il est une conséquence directe de la clause de papier-valeur au porteur. Une restriction à la transmissibilité d'actions au porteur est légalement impossible à réaliser.

En prévoyant la possibilité d'incorporer les droits de l'actionnaire dans un papier-valeur, le législateur est parti de l'idée que ces droits étaient librement transmissibles. S'agissant d'un vieux principe relevant du droit de la société anonyme, cette libre transmissibilité ne découle pas de l'incorporation de ces droits dans un papier-valeur ⁶⁰⁸, mais l'a bien au contraire conditionnée. Cette incorporation n'est en réalité que la dernière étape d'une évolution qui s'est produite et qui tend à faciliter à l'extrême la négociabilité des actions sous forme de titres au porteur.

Sous l'empire de l'ancien Code des obligations, le Tribunal fédéral avait admis, dans l'arrêt Masse SA Modina Watch Co contre Marti Schenk et Consorts, du 16 octobre 1922 ⁶⁰⁹, que des droits d'actionnaire étaient transmissibles alors même qu'ils n'étaient pas matérialisés dans un papier-valeur. Il a confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt Internationale Industrie- und

⁶⁰⁴ *Supra*, p. 42.

⁶⁰⁵ Lehmann K., t. 2, p. 29.

⁶⁰⁶ Von Steiger, SAG 1934/35 pp. 105 ss, notamment 107.

⁶⁰⁷ Cf. Wieland A., SAG 1948/49 pp. 141 ss, notamment 148.

⁶⁰⁸ Elle fait augmenter une négociabilité déjà existante.

⁶⁰⁹ ATF 48 II pp. 395 ss, JT 1923 I pp. 66 ss, notamment 73.

Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957 ⁶¹⁰. La doctrine quasi unanime approuve cette solution ⁶¹¹.

Lorsque l'actionnaire possède pour tout document une simple quittance de libération, dans l'attente de l'émission de titres sous forme de papiers-valeurs, il peut transférer sa qualité d'actionnaire, à moins que des restrictions statutaires ne limitent ou même n'excluent l'exercice de ce droit ⁶¹². La quittance de libération, de même que n'importe quel titre de preuve n'influe pas sur son droit de transférer son sociétariat. En effet, la première fait uniquement fonction de constat qu'une action a été intégralement ou partiellement libérée, et tout titre de preuve ne peut en réalité que certifier l'existence de droits d'actionnaire à une date déterminée.

Le titre provisoire dont l'actionnaire dispose sous forme d'un certificat intérimaire pour une action au porteur ou nominative non intégralement libérée a, par contre, une incidence sur son droit de transférer le sociétariat. Ce titre étant toujours un papier-valeur ⁶¹³, le sociétariat lui est lié, et l'actionnaire doit obligatoirement pouvoir en disposer pour le transférer. Dépossédé du certificat, il ne peut transférer son sociétariat avant d'obtenir son annulation judiciaire, ou d'établir à tout le moins sa destruction faute de pouvoir l'individualiser ⁶¹⁴.

Le propriétaire d'un certificat d'action ne possède pas un titre individuel pour chacune des actions dont il est titulaire. Son droit de les transférer une à une n'est pas affecté pour autant, à moins qu'il ne s'agisse d'un certificat déclaré indivisible par une clause statutaire. Il peut l'échanger contre autant de titres individuels que le certificat représente d'actions. Dans l'hypothèse d'un certificat indivisible, l'actionnaire est placé devant l'alternative de transférer toutes les actions représentées par le certificat, ou d'y renoncer complètement ⁶¹⁵.

Le titre nul reste sans incidence sur la faculté de transférer le sociétariat, puisque par définition il ne déploie aucun effet propre au papier-valeur. Il en résulte que le titulaire de droits d'actionnaire peut s'en passer pour les transférer ou, mieux, que le fait d'être privé d'un tel titre n'entraîne aucun inconvénient majeur pour lui.

En revanche, l'actionnaire qui ne dispose pas du titre que la société a régulièrement émis, ne peut transférer son sociétariat à une autre personne.

⁶¹⁰ ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss, notamment 285.

⁶¹¹ Bürgi, Commentaire Rem. prél., ad art. 683-687 CO, note 32; Carry, Mélanges Roger Secrétan, pp. 23 ss; Wieland K., p. 43; Wieland A., SAG 1948/49 pp. 141 ss, notamment 148, contra néanmoins Hahnloser, p. 71; le droit allemand adopte la même solution, cf. Gadow-Heinichen, Commentaire ad par. 10, AktG, note 2; Baumbach-Hueck, ad par. 10, AktG, note 1; Würdinger, p. 51.

⁶¹² Art. 627 chif. 8 CO.

⁶¹³ Cf. *supra*, pp. 47 ss.

⁶¹⁴ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

⁶¹⁵ De telles considérations amènent Forrer (p. 192-193) à mettre en doute la légalité de certificats d'action indivisibles, alors même qu'ils disposent d'un fondement statutaire.

Tel est le cas notamment lorsque le titre a été perdu ou volé. Pour transférer ses droits, il est indispensable que l'actionnaire recouvre au préalable la légitimation formelle que lui confère la possession du titre. Peu importe de savoir si ces droits sont incorporés dans un titre au porteur, à ordre ou nominatif. Dans chacune de ces trois hypothèses, la possession du titre est indispensable pour le transfert des droits qu'il incorpore.

Point n'est besoin, toutefois, que l'actionnaire en ait seul la possession. Il peut, par exemple, la partager avec une banque auprès de laquelle il a déposé le titre. Cette dernière acquiert ainsi une possession dérivée qui n'affecte pas le droit de l'actionnaire de disposer des droits incorporés dans le titre, dont il garde la possession originaire ⁶¹⁶. Dès lors, il est possible que des droits d'actionnaire soient transférés en propriété sans que l'actionnaire ait le titre physiquement en mains ⁶¹⁷, ce qui arrive même très fréquemment. Il suffira que l'aliénateur des droits avise la banque dépositaire qu'elle détiendra dorénavant le titre pour le compte de l'acquéreur des droits.

Cette voie ne peut être choisie lorsqu'il s'agit de transférer des droits d'actionnaire faisant l'objet d'un titre à ordre, car l'endossement doit figurer sur le titre lui-même ⁶¹⁸. L'actionnaire doit donc avoir la maîtrise physique du titre, pour rendre possible le transfert éventuel à moins que les parties ne décident de recourir à une cession ⁶¹⁹ ou que le titre ait été préalablement muni d'un endossement en blanc ce qui correspond à la pratique bancaire. La cession peut figurer sur un document séparé comme pour le transfert d'un titre nominatif ⁶²⁰.

L'actionnaire qui, par suite d'une perte ou d'un vol, a obtenu l'annulation de son titre ne rencontrera pas de difficulté majeure lorsqu'il désirera transférer ses droits. Il pourra requérir de la société la création d'un nouveau titre, ou encore transférer ses droits sans le titre ⁶²¹.

* * *

II. LA FORME DU TRANSFERT

A. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur*

Le Tribunal fédéral a déclaré dans l'arrêt déjà cité *Masse SA Modina Watch AG contre Marti Schenk et Consorts*, du 16 octobre 1922, que dans le cas où aucun titre d'action n'est émis, le sociétariat est transmissible selon les

⁶¹⁶ Art. 920 al. 2 CC.

⁶¹⁷ Art. 924 CC.

⁶¹⁸ Art. 967 al. 2 CO.

⁶¹⁹ Jäggi, Commentaire ad art. 967 CO, note 92; Voegeli, p. 68.

⁶²⁰ Art. 967 al. 2 CO.

⁶²¹ Art. 972 al. 1 CO.

principes généraux suivant lesquels la qualité de membre est annulée et transférée à un autre sujet de droit dans les sociétés corporatives ⁶²². Dans l'arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, le Tribunal a déclaré les règles de la cession applicables au transfert de tels droits ⁶²³. L'arrêt plus récent Marti contre Konkursmasse Emet AG, du 21 mars 1960, a expressément réservé la question ⁶²⁴.

La jurisprudence de l'arrêt Modina Watch AG contre Marti Schenk et Consorts a été critiquée dans la doctrine. On a objecté que les règles générales auxquelles faisait allusion le Tribunal fédéral n'existaient pas, et qu'il était par ailleurs douteux que l'on puisse appliquer par analogie à la société anonyme les règles prévues pour l'association, la société à responsabilité limitée, ou la société coopérative ⁶²⁵. Pour von Steiger ⁶²⁶, cette opinion du Tribunal fédéral signifie qu'au cas où les statuts sont muets à cet égard, ou n'attribuent pas au conseil d'administration toutes les compétences qui de par la loi ou les statuts ne reviennent pas à l'assemblée générale, le transfert du sociétariat de l'actionnaire nécessiterait l'approbation de cette dernière.

L'interprétation de von Steiger n'emporte pas notre conviction. Que ce soit le conseil d'administration ou l'assemblée générale qui doive approuver le transfert du sociétariat, on attribue dans tous les cas à un organe de la société le droit d'intervenir dans le transfert des droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur. On oublie alors qu'en l'absence de restrictions statutaires, ces droits sont librement transmissibles. Lorsque les statuts excluent l'émission de titres d'action ⁶²⁷ sous forme de papiers-valeurs, la société anonyme pourrait empêcher un changement d'actionnaires qui ne lui conviendrait pas, sans devoir pour cela disposer d'une base statutaire, solution qui ne saurait être admise.

Pestalozzi-Henggeler observe que le problème ne peut être résolu que conformément aux principes propres au droit de la société anonyme. Or, celui-ci n'admet pas que le changement d'actionnaires puisse se faire par une déclaration de sortie de l'ancien actionnaire et un accord entre la société et l'acquéreur concernant son entrée dans celle-ci ⁶²⁸.

A. Wieland ⁶²⁹, suivi du Tribunal cantonal de Saint-Gall ⁶³⁰, a opposé à la majorité de la doctrine qui préconise l'application des règles de la ces-

⁶²² ATF 48 II pp. 395 ss, JT 1923 I pp. 66 ss, notamment 73.

⁶²³ ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 283 ss, notamment 288.

⁶²⁴ ATF 86 II pp. 89 ss, JT 1961 I pp. 2 ss, notamment 5.

⁶²⁵ Pestalozzi-Henggeler, p. 187.

⁶²⁶ Von Steiger, Société anonyme, p. 27.

⁶²⁷ Cf. *supra*, pp. 70 ss.

⁶²⁸ Pestalozzi-Henggeler, p. 188.

⁶²⁹ Wieland A., SAG 1948/49 pp. 141 ss, notamment 148, SAG 1950/51 pp. 221 ss; même opinion Teitler, p. 70.

⁶³⁰ St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1954, pp. 35 ss, SAG 1955/56 pp. 155 ss.

sion ⁶³¹ l'opinion que des droits d'actionnaire pour lesquels la société n'a pas émis de titres seraient transmissibles, sans être subordonnés à l'observation d'une forme particulière, conformément à l'art. 11 al. 1 CO ⁶³².

A. Wieland fait remarquer que le transfert du sociétariat de l'actionnaire ne peut être assimilé à la cession d'un droit de créance. Il pense qu'il s'agit, en l'occurrence, du transfert d'un droit *sui generis*. On doit concéder que le sociétariat de l'actionnaire se compose en effet d'un ensemble de droits et, le cas échéant, d'une obligation dont le transfert suit les règles qui lui sont propres ⁶³³.

En outre, dit Wieland, l'exigence de la forme écrite, applicable à la cession de droits de créance, ne doit pas être étendue au-delà de sa destination première. Prévue dans le Code des obligations, elle ne l'est pas dans le Code civil. Par ailleurs, le transfert de droits patrimoniaux qui ne sont ni des droits de créance ni des droits réels, tels les droits d'auteur, droits dérivant de la propriété industrielle, est toujours possible sans que les parties respectent une forme particulière, alors même que le Code des obligations a innové par rapport à l'ancien droit en prescrivant la forme écrite pour la cession de créance. Wieland estime qu'il est parfaitement admissible dans ces conditions de soumettre à un régime semblable les droits d'un actionnaire pour lesquels la société n'a émis aucun papier-valeur.

Ces arguments appellent plusieurs remarques. Dans la mesure où le titre XXVI du Code des obligations ne contient pas de dispositions spéciales, sa partie générale régit également le droit de la société anonyme. A notre avis, on ne peut rien déduire du fait que l'art. 7 CC déclare applicables aux autres matières du droit civil uniquement les dispositions de la partie générale du droit des obligations se rapportant à la conclusion, aux effets, et à l'extinction des obligations et qu'il ne mentionne pas spécialement les dispositions relatives à la cession. La teneur de cet article ne permet en tout cas pas de conclure que les dispositions relatives à la cession ne peuvent s'appliquer en dehors de leur destination première, le transfert d'un droit de créance. Un silence du législateur n'est pas synonyme d'interdiction. Seul importe en définitive que le législateur n'ait pas posé une interdiction générale d'étendre les règles de la cession au transfert d'autres droits ⁶³⁴. La doctrine admet aujourd'hui que l'art. 7 CC a la portée d'un renvoi à toute la partie générale du Code des obligations ⁶³⁵.

⁶³¹ Carry, *Mélanges Roger Secrétan*, pp. 23 ss; Bürgi, *Commentaire Rem. pré.*, ad art. 683-687 CO, note 35, mais plus particulièrement en SAG 1950/51 pp. 133 ss; Siegwart, *Commentaire ad art. 622 CO*, note 40; Jäggi, *Commentaire ad art. 967 CO*, note 30; Schucany, *Commentaire ad art. 684 CO*, note 2; antérieurement, A. Wieland partageait l'avis de ces auteurs, cf. *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, n° 18, p. 46.

⁶³² C'est aussi l'opinion de la doctrine allemande, cf. Baumbach-Hueck, ad par. 10, AktG, note 1; Gadow-Heinichen, *Commentaire ad par. 10, AktG*, note 2.

⁶³³ *Infra*, pp. 152 ss, pp. 166 ss.

⁶³⁴ Becker, *Commentaire Rem. pré.*, ad art. 164-174 CO, note 18.

⁶³⁵ Friedrich, *Commentaire ad art. 7 CC*, note 37; Engel, p. 587.

Nous estimons que l'opinion de Wieland n'est justifiée par aucun intérêt légitime de l'actionnaire. Elle conduit en effet à des conséquences indésirables. La forme écrite remplit une fonction de preuve; elle sert de ce fait la sécurité du droit. L'acquéreur de droits d'actionnaire qui ne sont pas constatés dans un titre valant papier-valeur doit être en mesure de prouver la légitimité de ses droits, tant à l'égard de la société que de tierces personnes. Déjà rendu plus difficile du fait de l'absence d'incorporation des droits dans un papier-valeur, le commerce de tels droits serait encore plus compromis s'il n'était même pas nécessaire de respecter la forme écrite pour les transférer.

En dernier lieu, Wieland invoque encore l'art. 900 al. 3 CC, qui assimile l'engagement de droits de créance à l'engagement d'autres droits en exigeant le respect de la forme écrite pour les deux catégories de droits. Selon lui, le législateur a donc pensé au problème et a volontairement ignoré la forme de la cession pour le transfert des droits d'actionnaire pour lesquels un papier-valeur n'a pas été émis.

Cette argumentation emporte encore moins notre conviction. Wieland admet que l'engagement de droits d'actionnaire qui ne sont pas matérialisés dans un papier-valeur doit s'opérer en la forme écrite. On conçoit dès lors difficilement pourquoi la même solution ne s'appliquerait pas au transfert en propriété de tels droits. Cette opération est plus importante qu'un simple engagement de ceux-ci. Le cessionnaire jouit de droits plus étendus qu'un simple créancier gagiste. Il n'y a ainsi pas de raison d'être moins sévère à l'égard de la forme à observer lors d'un transfert en propriété de droits d'actionnaire. L'art. 900 al. 3 CO est au contraire un argument supplémentaire pour appliquer les règles de la cession. Seule cette solution se justifie en définitive et garantit une certaine sécurité dans les rapports entre actionnaires et entre ceux-ci et la société.

Pour ces mêmes motifs, on ne saurait davantage donner raison au Tribunal cantonal de Saint-Gall ⁶³⁶ lorsqu'il objecte à Bürgi ⁶³⁷, qui justifie principalement la forme de la cession par des considérations d'ordre pratique et d'opportunité, que seul le législateur peut décider si, le cas échéant, le respect d'une forme particulière s'impose. En admettant que les droits d'un actionnaire non constatés par un papier-valeur doivent être transférés en conformité des dispositions régissant la cession, on vise un objectif vers lequel tend tout législateur, la sécurité du droit. Cela doit être l'objectif de toute solution à apporter à un problème non expressément résolu par le législateur. Il paraît d'autant plus raisonnable de poser cette exigence que le respect de la forme de la cession

⁶³⁶ St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1954, pp. 35 ss, SAG 1955/56 pp. 155 ss.

⁶³⁷ Bürgi, Commentaire Rem. prélim., ad art. 683-686 CO, note 36 et Bürgi, SAG 1950/51 pp. 133 ss.

ne complique pas outre mesure pour l'actionnaire le transfert de son sociétariat ⁶³⁸.

L'actionnaire qui ne possède qu'une quittance de libération pour son action ou un titre de preuve de sa qualité se trouve dans la même situation que l'actionnaire qui ne possède aucun document. Le transfert du sociétariat s'effectuera suivant les règles prévues pour la cession de créance aussi longtemps que la société n'aura pas émis des documents définitifs ou provisoires incorporant les droits d'actionnaire ⁶³⁹.

2. *Le certificat intérimaire*

L'émission d'un certificat intérimaire met fin à cette situation. Peu importe qu'il s'agisse d'un certificat intérimaire destiné à représenter des actions au porteur non intégralement libérées ⁶⁴⁰, ou au contraire d'un certificat intérimaire pour une action nominative non intégralement libérée. Dans les deux cas, on est en effet en présence d'un papier-valeur, dans le premier d'un titre nominatif ⁶⁴¹, dans le deuxième, en règle générale, d'un titre à ordre ⁶⁴².

A partir de l'instant où les droits de l'actionnaire sont incorporés dans un tel certificat, leur titulaire n'est plus en mesure de transférer son sociétariat en se bornant à suivre les règles de la cession de créance. Cet instant ne se situe pas au moment où, sauf exigences statutaires plus sévères, un administrateur de la société a revêtu le certificat de sa signature ⁶⁴³, mais bien lorsque la personne ayant la qualité d'actionnaire en a pris possession, ou a été mise en demeure de le faire ⁶⁴⁴. En raison de la présomption de l'existence de titres sous forme de papiers-valeurs, dans une société anonyme, un titre peut être imposé à l'actionnaire, hormis le cas où les statuts excluraient son émission ⁶⁴⁵; une telle incorporation est en effet aussi dans l'intérêt de la société ⁶⁴⁶. Ce qui est valable pour un titre définitif l'est aussi pour un titre provisoire comme le certificat intérimaire.

L'incorporation de la qualité d'actionnaire au certificat a pour conséquence que le transfert de la possession de celui-ci à l'acquéreur devient indis-

⁶³⁸ Dans ce contexte, il n'est pas sans intérêt de rappeler que l'art. 4 al. 2 de l'arrêté du Conseil fédéral concernant la protection des papiers-valeurs et des titres analogues, par des mesures conservatoires, du 12 avril 1957 (RS 531.55), soumet le transfert de droits détachés d'un titre par suite de son invalidation à la forme écrite.

⁶³⁹ Il nous paraît utile de signaler ici un jugement du Tribunal de district de Bülach du 20 décembre 1973 confirmé par la Cour d'Appel du Canton de Zurich, le 1^{er} avril 1974 adoptant la même opinion, cf. Forstmoser, SAG 1975 pp. 109 ss.

⁶⁴⁰ Art. 688 al. 2 CO.

⁶⁴¹ *Supra*, pp. 47 ss.

⁶⁴² Art. 688 al. 3 CO; Bürgi, Commentaire ad art. 688 CO, note 25.

⁶⁴³ Art. 622 chif. 5 CO.

⁶⁴⁴ Cf. *supra*, p. 73.

⁶⁴⁵ *Supra*, pp. 70 ss.

⁶⁴⁶ *Supra*, p. 77.

pensable ⁶⁴⁷, et que les modalités de transfert propres à chaque espèce de papier-valeur devront être respectées.

3. *Le certificat d'actions*

L'actionnaire qui n'a pas de titre individuel pour chacune de ses actions, mais possède en revanche un certificat en réunissant un certain nombre, doit obligatoirement respecter les règles applicables au transfert des actions représentées par ce certificat. Ce certificat peut être un titre au porteur, à ordre, ou même un titre nominatif; il est évidemment inconcevable que des actions nominatives soient réunies dans un certificat au porteur. Au cas où un tel certificat ne réunirait pas les conditions que doit remplir un papier-valeur, les règles de la cession seraient applicables au transfert des droits qu'il est censé matérialiser.

B. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre nul*

L'actionnaire a en main un titre qui n'incorpore pas ses droits. De ce fait, le transfert du sociétariat obéira aux règles de la cession de créance, jusqu'au jour où un titre valable sera remis à l'actionnaire.

Peu importe que l'actionnaire soit conscient du défaut affectant son titre ou non. Nourrit-il un doute à ce sujet, il sera bien inspiré de suivre les règles de la cession de créance pour transférer son sociétariat, et de remettre en même temps le titre à l'acquéreur. C'est une garantie pour un transfert valable de sa qualité, en toutes circonstances.

En effet, si le titre n'est pas défectueux au point d'être inutilisable comme papier-valeur, son transfert à l'acquéreur est indispensable, car il incorpore alors les droits d'actionnaire. Il ne suffirait donc pas de ne suivre que les règles de la cession de créance qui ne peut suppléer à l'absence de tradition du titre.

En revanche, la remise à l'acquéreur d'un titre nul ne produira aucun effet si elle n'est pas accompagnée d'un acte de cession, alors même que le titre pourrait encore être considéré comme un moyen de preuve de la qualité d'actionnaire.

2. *Le titre non disponible*

Nous savons que l'exercice du droit au transfert du sociétariat est suspendu, lorsque l'actionnaire ne possède plus le titre auquel la société a incorporé sa qualité le jour où elle le lui a remis. Le problème de la forme du transfert ne se pose donc pas.

⁶⁴⁷ Art. 967 al. 1 CO.

3. *Le titre perdu ou volé, et annulé*

L'actionnaire se retrouve dans la situation qui était la sienne avant la perte de son titre ⁶⁴⁸. Il peut transférer son sociétariat suivant les règles de la cession de créance, ou exiger de la société la délivrance d'un titre de remplacement ⁶⁴⁹. La forme de la cession est seule possible lorsqu'a été établi de façon certaine que le titre a été détruit, mais n'a pas pu être annulé, faute d'avoir pu être individualisé ⁶⁵⁰, l'ayant droit étant connu.

* * *

III. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION AU PORTEUR

A. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur*

Ainsi que nous l'avons déjà fait observer au début de ce chapitre, il y a lieu d'envisager deux situations, celle où l'action est intégralement libérée, et celle où la libération n'est que partielle.

a) *L'action intégralement libérée*

L'actionnaire peut en pareil cas transférer ses droits en respectant les règles de la cession de créance. L'acte de cession doit être clair et précis. Il doit indiquer la raison sociale de la société dont les actions font l'objet de la cession, le nombre et l'espèce de celles-ci et le cessionnaire. Faute d'autre précision, il s'agira toujours d'un transfert en pleine propriété, conformément au sens usuel du mot cession.

L'acte de cession n'est pas complet, lorsque le bénéficiaire de la cession n'est pas indiqué, sans toutefois que la validité de l'acte soit mise en question pour autant. Un acte de cession en blanc est admissible au regard de la loi, mais en cas de contestation de la part du cédant, le bénéficiaire de la cession aura la charge de la preuve que le cédant a voulu transférer le sociétariat ⁶⁵¹ à lui et à personne d'autre.

L'acte de cession ne doit pas être confondu avec l'acte juridique qui en est la cause, telle une donation ou une vente. Cela implique qu'il doit résulter des termes employés dans la déclaration de cession qu'il s'agit d'un acte de dispo-

⁶⁴⁸ *Supra*, pp. 56 ss.

⁶⁴⁹ Art. 972 al. 1 CO.

⁶⁵⁰ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

⁶⁵¹ Ribí, p. 151.

sition ayant pour effet de transférer l'action du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire ⁶⁵². L'emploi d'une formule du genre « s'oblige à céder contre paiement de ... » ou de toute autre formule similaire ne peut transférer les droits de l'actionnaire, car une telle déclaration n'impliquerait à charge de l'actionnaire-cédant qu'une obligation de faire, sans provoquer elle-même ce transfert ⁶⁵³. Il subsisterait un doute sur le point de savoir à qui du cédant ou du cessionnaire doit être reconnue la qualité d'actionnaire.

La société ne peut s'opposer au transfert des droits d'actionnaire selon les règles de la cession. Aucun intérêt légitime n'exige son consentement ⁶⁵⁴. Forrer ⁶⁵⁵ admet également que le changement du titulaire des droits d'actionnaire s'opère par le seul acte de cession. En même temps, il considère toutefois que la notification de la cession à la société a la portée d'une prescription d'ordre ayant pour but d'informer la société, pour le contrôle de ses membres, d'un changement dans la titularité des actions. Dans la mesure tout au moins où ce changement concerne des actions au porteur intégralement libérées, on ne saurait même pas attribuer cette portée à la notification de la cession à la société. Un contrôle des membres de la société est impossible à réaliser lorsque l'actionnaire possède des titres d'action incorporant ses droits. Il n'y a dès lors aucune raison de le préconiser lorsque des droits d'actionnaire ne sont pas incorporés dans un papier-valeur, car il s'agit de droits de même nature, dont la caractéristique principale est et reste la libre transmissibilité. La non-émission d'un titre au porteur ne leur fait pas perdre cette qualité.

Il n'empêche que la cession ne sera efficace à l'égard de la société que dès le moment où elle lui aura été notifiée, ou sera parvenue d'une autre manière à sa connaissance, de sorte qu'elle ne puisse de bonne foi l'ignorer ⁶⁵⁶. L'avis de cession peut être donné oralement ou par écrit et provenir du cédant ou du cessionnaire. Il ne sera pas nécessaire que la société ait pris connaissance de l'avis ⁶⁵⁷, il suffira qu'il soit parvenu dans sa sphère d'influence ⁶⁵⁸. Un dividende qui serait versé au cédant de la qualité d'actionnaire après réception de l'avis, mais dans l'ignorance de celui-ci, ne libérera pas la société. Etant donné que le cédant n'est plus titulaire de la qualité d'actionnaire ⁶⁵⁹, la société peut refuser l'exercice des droits d'actionnaire dès le moment où elle connaît la cession, alors qu'aucun avis ne lui a été donné.

⁶⁵² Engel, p. 585.

⁶⁵³ Arrêt Meier contre Fischer, du 23 juin 1964, ATF 90 II pp. 164 ss, JT 1965 I pp. 48 ss, notamment 61.

⁶⁵⁴ Carry, *Mélanges Roger Secrétan*, pp. 25-26.

⁶⁵⁵ Forrer, pp. 268-269.

⁶⁵⁶ Art. 167 CO.

⁶⁵⁷ Von Tuhr-Escher, p. 359.

⁶⁵⁸ Engel, p. 592.

⁶⁵⁹ Von Tuhr-Escher, p. 361.

L'avis de cession ne déploie qu'un effet négatif en ce sens que la société ne peut plus, de bonne foi, considérer que le cédant est toujours son actionnaire, mais il ne crée point une obligation pour elle d'attribuer cette qualité au cessionnaire⁶⁶⁰. L'avis de cession n'est évidemment pas une condition de validité du transfert, pas plus qu'il ne peut suppléer à la cession, alors même qu'il serait donné par écrit⁶⁶¹.

S'il est indifférent de savoir de qui émane la notification de la cession à la société, le nouvel acquéreur aura cependant intérêt à demander l'accomplissement de cette démarche à son prédécesseur. En procédant à l'annonce de la cession, le cédant renonce à sa qualité d'actionnaire, ce qui ne rendra cependant pas indispensable la présentation de l'acte de cession. La société garde le droit d'exiger en tout temps la communication de l'acte de cession, dont dépend, en fin de compte, le transfert de la qualité d'actionnaire. Elle n'est pas obligée de se contenter de l'avis de cession du cédant.

Lorsque le transfert n'est pas notifié, la société peut ignorer qui est son actionnaire; il n'en va pas autrement lorsque les droits de l'actionnaire sont incorporés dans un titre au porteur. Les droits peuvent même être transmis plusieurs fois de suite à l'insu de la société, sans que la validité des transferts en soit affectée.

Des inconvénients peuvent toutefois résulter de telles situations pour le dernier actionnaire-cessionnaire, qui désire exercer ses droits dans la société. Il pourra rencontrer des difficultés pour établir sa titularité s'il n'est pas en mesure de produire les actes de cession postérieurs à la dernière notification d'un changement d'actionnaire. Son acquisition ne sera considérée comme légitime que dans la mesure où il pourra apporter la preuve de l'existence d'une chaîne ininterrompue d'actes de cession descendant jusqu'à lui. Dans le cas contraire, il n'a pu valablement acquérir la qualité d'actionnaire, à moins d'établir qu'un acte de cession est rendu superflu en raison d'un transfert *ex lege*⁶⁶², engagée contre un précédent actionnaire.

Lorsque des droits d'actionnaire pour lesquels la société n'a pas émis de titre au porteur tombent dans une masse successorale, les héritiers acquièrent de tels droits dès l'ouverture de la succession, sans avoir à observer aucune formalité⁶⁶³. Toutefois, ce transfert *ex lege* doit être porté à la connaissance de la société⁶⁶⁴ au même titre qu'une cession ayant pour origine un acte juridique bilatéral. L'omission de cette notification entraîne pour les héritiers les mêmes conséquences fâcheuses⁶⁶⁵. Pour l'acquéreur ultérieur d'un tel sociétariat, le fait que le transfert n'ait pas été notifié est lourd de conséquences. En effet, lorsque

⁶⁶⁰ Cf. von Tuhr-Escher, p. 360.

⁶⁶¹ Engel, p. 592.

⁶⁶² *Infra*, p. 244.

⁶⁶³ Art. 166 CO.

⁶⁶⁴ Becker, Commentaire ad art. 166 CO, note 3.

⁶⁶⁵ Von Tuhr-Escher, p. 373.

l'héritier transfère à son tour son sociétariat — son acquisition n'ayant pas été notifiée à la société — la chaîne des actes de cession est évidemment interrompue. Le dernier acquéreur du sociétariat pourra de ce fait éprouver des difficultés lorsqu'il sera appelé à administrer la preuve de son acquisition régulière. Le certificat d'héritier pourra suppléer à l'acte de cession manquant.

L'actionnaire désireux d'acquérir un sociétariat que la société n'a pas incorporé dans un titre au porteur doit impérativement exiger la remise de tous les actes de cession en faveur de ses prédécesseurs. S'il ne le fait pas, il court le risque de ne pas être reconnu comme actionnaire et de ce fait de ne pouvoir exercer ses droits dans la société.

Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, la cession est, en principe tout au moins, un acte juridique abstrait. Si des hésitations se sont manifestées à ce sujet dans l'esprit de notre Haute Cour ⁶⁶⁶, suite à des critiques émises en doctrine ⁶⁶⁷, le caractère abstrait de la cession ne doit en tout cas pas être mis en doute lorsqu'il s'agit du transfert d'un sociétariat dans une entité organisée corporativement. Admettre, en pareil cas, qu'elle puisse être causale perturberait la vie de la société lorsque la cause de la cession ne serait pas valable en raison, par exemple, d'un vice de consentement du vendeur des droits d'actionnaire. Il convient donc pour le transfert d'un sociétariat de s'en tenir strictement à la nature abstraite de la cession. Dans son intérêt bien compris, la société doit rejeter la validité de tout acte de cession qui ne respecterait pas cette exigence.

A l'égard du cessionnaire de la qualité d'actionnaire, la société peut soulever toutes les objections et exceptions qui lui sont personnelles, mais elle peut aussi faire valoir à son encontre toutes celles qu'elle avait contre le cédant ⁶⁶⁸, la bonne foi du cessionnaire étant ici inopérante ⁶⁶⁹. C'est ainsi que la société peut invoquer le défaut de capacité du cédant de la qualité d'actionnaire, des exceptions tirées de la nullité de l'acte de cession, son imprécision et, à notre avis, son caractère causal.

S'il y a litige entre le cédant et le cessionnaire quant à la personne à laquelle la qualité d'actionnaire doit être reconnue, nous pensons que la société aura la faculté de suspendre, par analogie avec l'art. 168 CO, l'exercice des droits d'actionnaire jusqu'à droit jugé entre les parties.

Il est certain que le transfert de droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur comporte un risque de transfert à différents cessionnaires simul-

⁶⁶⁶ Arrêt Schmid contre Schmid et Consorts, du 13 mars 1958, ATF 84 II pp. 355 ss, JT 1959 I pp. 199 ss, notamment 201; Schweizerische Bankgesellschaft contre Poljak, du 4 février 1969, ATF 95 II pp. 109 ss, notamment 112.

⁶⁶⁷ Cf. doctrine citée par von Tuhr-Escher, p. 334, note 4 c.

⁶⁶⁸ Art. 169 al. 1 CO.

⁶⁶⁹ Le principe « Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet » est applicable sans restriction. S'agissant du transfert d'un sociétariat, les art. 18 al. 2 et 164 al. 2 CO qui confèrent une protection limitée à la bonne foi de l'acquéreur d'une créance ne s'appliquent pas, cf. *supra*, p. 21, note 32.

tanément. A qui devra-t-on, en pareil cas, attribuer la qualité d'actionnaire ? Lorsque les actes de cession indiquent des dates différentes, le critère de la priorité d'acquisition sera déterminant. Le bénéficiaire de la première cession étant l'acquéreur légitime des droits, les cessions suivantes sont *eo ipso* entachées de nullité pour défaut de capacité de disposer du cédant ⁶⁷⁰.

La situation est plus complexée lorsque les actes de cession sont intervenus en même temps. Nous pensons que s'il n'est pas possible de fixer une priorité, il est peu convaincant de considérer que les deux actes de cession sont entachés de nullité ⁶⁷¹. Faute d'autre critère valable, on devra se rapporter à la date de l'acte juridique ayant donné lieu à la cession, telle la date de la conclusion d'un contrat de vente portant sur l'aliénation de droits d'actionnaire non incorporés dans un titre.

b) L'action partiellement libérée

Lorsqu'une action au porteur n'est que partiellement libérée, le sociétariat de l'actionnaire ne peut pas être incorporé dans un titre au porteur ⁶⁷². Celui-ci confère à son propriétaire l'anonymat. De ce fait, il peut être impossible de déterminer à quelle personne le montant non libéré de l'action doit, le cas échéant, être réclamé. L'interdiction légale a pour but d'éviter que pareille situation ne se produise ⁶⁷³, mais n'a pas pour effet d'empêcher, en pareil cas, la naissance du sociétariat de l'actionnaire ⁶⁷⁴.

Quelle est alors la situation de l'actionnaire sans titre face au problème du transfert de son sociétariat ? Dans son arrêt Marti contre Emet AG Konkursmasse, du 21 mars 1960, le Tribunal fédéral a posé le principe que tout transfert de droits d'actionnaire est interdit, lorsque ceux-ci ne sont pas intégralement libérés ⁶⁷⁵. Pour le Tribunal fédéral, il n'y a pas de différence que des titres aient été émis ou non.

Cette jurisprudence est inspirée par le souci de garantir en toutes circonstances la constitution intégrale du capital social. Toutefois, on peut se demander si dans sa rigidité elle est conforme à d'autres principes fondamentaux du droit de la société anonyme, en particulier à celui de la libre transmissibilité du sociétariat en l'absence de restrictions statutaires. Ne peut-on pas garantir la constitution intégrale du capital social tout en sauvegardant mieux les intérêts légitimes du souscripteur d'une action au porteur partiellement libérée, et en particulier son droit de céder celle-ci ?

⁶⁷⁰ Arrêt Eisenberg contre Specker et Co, du 4 novembre 1936, ATF 56 II pp. 363 ss, JT 1931 I pp. 164 ss, notamment 169.

⁶⁷¹ Von Tuhr-Escher, p. 336, note 55.

⁶⁷² Art. 683 al. 1 CO.

⁶⁷³ Rapport Huber, pp. 118-119.

⁶⁷⁴ Rosset, Extrait du Recueil des Travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, p. 42; Bürgi, SAG 1950/51 pp. 133 ss.

⁶⁷⁵ ATF 86 II pp. 89 ss, JT 1961 I pp. 2 ss, notamment 6.

En ne reconnaissant pas ce droit à l'actionnaire, on crée une catégorie d'actions incessibles, sans base statutaire. On doit constater qu'en dehors d'éventuelles restrictions statutaires ⁶⁷⁶, rien n'interdit en réalité la cession d'une action qui n'est que partiellement libérée ⁶⁷⁷.

Avec raison, le professeur Carry a critiqué l'arrêt Marti contre Emet AG Konkursmasse ⁶⁷⁸ que d'ailleurs une jurisprudence récente ⁶⁷⁹ n'a pas cru devoir suivre. Il est exact que le transfert d'une action qui n'est que partiellement libérée comporte non seulement un transfert de droits, mais aussi le transfert d'une obligation, celle de libérer intégralement l'action. Le transfert de l'intégralité d'un tel rapport met en œuvre une reprise de dette ⁶⁸⁰, à savoir celle de l'ancien actionnaire par le cessionnaire ⁶⁸¹.

Le droit de la société anonyme n'ayant pas prévu de règle spéciale pour l'actionnaire qui ne dispose pas d'un titre au porteur pour une action non intégralement libérée, ce sont les dispositions générales du Code des obligations qui s'appliquent ⁶⁸². Le nouvel actionnaire et l'aliénateur du sociétariat doivent, simultanément, conclure un contrat de cession et de reprise de dette ⁶⁸³. Aux termes de ce dernier, le cessionnaire doit assumer l'obligation de payer le solde dû sur l'action. Cette obligation peut être stipulée dans l'acte juridique ayant donné lieu à la cession de l'action, ou faire l'objet d'une convention séparée. Dans les deux hypothèses, cependant, on doit admettre que l'acte de cession ne serait pas intervenu sans une reprise de dette simultanée et vice versa, le sociétariat de l'actionnaire étant en principe indivisible.

Lors donc que le solde non versé est appelé par la société, le cédant et le cessionnaire peuvent solidairement ⁶⁸⁴ être appelés à le payer, car la seule reprise de dette interne cumulative équivaut à une stipulation parfaite pour autrui ⁶⁸⁵. En effet, le paiement de la prestation promise au cédant n'a d'intérêt que pour le tiers ⁶⁸⁶, la société. Celle-ci est ainsi autorisée à exiger le paiement du solde non versé de l'action du cessionnaire.

En tant que créancière du solde non libéré, la société n'a pas l'obligation de consentir à une reprise de dette par le cessionnaire, mais son consentement

⁶⁷⁶ Art. 627 chif. 8 CO.

⁶⁷⁷ Folliet, ZSR 1951 pp. 32 ss, notamment 51.

⁶⁷⁸ Carry, *Mélanges Roger Secrétan*, pp. 28 ss; von Steiger, *Société anonyme*, p. 170, note 85; cf. aussi Patry/Aubert, p. 25.

⁶⁷⁹ SAG, 1975 pp. 109 ss, notamment 112.

⁶⁸⁰ Engel, p. 587.

⁶⁸¹ Cet aspect du problème n'avait pas échappé au Tribunal fédéral, dans l'arrêt Kocher contre Manufacture d'Horlogerie Bévillard SA, du 13 octobre 1924, ATF 50 II pp. 473 ss, Meyer-Wild avait critiqué cette jurisprudence dans SJZ 1925 pp. 329 ss.

⁶⁸² Art. 175 CO ss.

⁶⁸³ Höchli, p. 20.

⁶⁸⁴ Art. 143 CO.

⁶⁸⁵ Art. 112 al. 2 CO; Engel, p. 605.

⁶⁸⁶ Cf. Engel, p. 289.

est nécessaire, si celle-ci doit avoir un effet libératoire pour le cédant de la qualité d'actionnaire, en d'autres termes si on doit se trouver en présence d'une reprise de dette externe extinctive ⁶⁸⁷. Les intérêts de la société et des autres cessionnaires d'obtenir la libération intégrale du capital social sont sauvegardés par la nécessité de ce consentement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une interdiction pure et simple de tout transfert de la qualité d'actionnaire, solution adoptée par le Tribunal fédéral.

La demande de consentir à une reprise de dette extinctive peut émaner de l'ancien ou du nouvel actionnaire. Toutefois, le premier ne peut valablement faire la demande qu'avec l'autorisation du second ⁶⁸⁸. La communication de la cession du sociétariat équivaut, à notre avis, à une offre de reprise de dette extinctive de l'ancien actionnaire, celle-ci n'étant pas soumise à une forme particulière. Il est en effet déraisonnable de penser que l'aliénateur du sociétariat ait seulement voulu transmettre les droits qu'il confère, mais non l'obligation qui y est liée de libérer le solde de l'action.

L'accord de la société à la reprise de dette extinctive doit-il être exprès, ou peut-il résulter des circonstances ? ⁶⁸⁹ Nous ne pensons pas qu'un simple silence de la société à la suite d'une communication de la cession soit suffisant pour permettre d'en déduire son consentement à la reprise de dette de l'ancien par le nouvel actionnaire. Trop souvent la cause de ce silence sera imputable à la négligence d'un organe social, ou à un manque de temps pour examiner la solvabilité du nouvel actionnaire.

Pour cette raison, nous pensons qu'un accord de la société à la reprise extinctive de la dette de l'ancien actionnaire doit, en règle générale, être exprès, et qu'il ne peut être tacite qu'exceptionnellement. Tel pourrait être le cas, lorsque la société accepte un paiement partiel du solde à libérer, admet l'exercice du droit de vote par le nouvel actionnaire sans faire de réserves pour le paiement du solde non versé, ou encore paie sans réserve un dividende au successeur de l'ancien actionnaire.

Bien sûr, la société ne peut faire de réserve que pour la libération de l'ancien actionnaire, mais en aucun cas elle ne peut, par ce biais, paralyser l'exercice des droits du cessionnaire dès l'instant où le transfert des droits d'actionnaire est régulier en la forme. Les intérêts sociaux sont suffisamment sauvegardés si la société a la faculté de refuser la reprise de dette extinctive, et peut, par conséquent, rechercher l'aliénateur et l'acquéreur du sociétariat, solidairement responsables ⁶⁹⁰ du solde non versé de l'action.

Lorsque la société a consenti à une reprise de dette extinctive, l'ancien actionnaire est en principe libéré de l'obligation de verser le solde de l'action ⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ Art. 176 al. 1 CO.

⁶⁸⁸ Art. 176 al. 2 CO.

⁶⁸⁹ Art. 176 al. 3 CO.

⁶⁹⁰ Art. 143 CO.

⁶⁹¹ Art. 176 al. 1 CO.

Une exception doit toutefois être faite pour le souscripteur de l'action. Avec Carry et von Steiger⁶⁹², et contrairement à l'opinion de Capitaine et de Folliet⁶⁹³, nous pensons que l'art. 687 al. 2 CO doit s'appliquer par analogie au souscripteur d'une action au porteur non intégralement libérée. En effet, lorsque les droits de l'actionnaire n'ont pas été incorporés dans un titre, il n'y a plus de différence entre l'action au porteur et l'action nominative, abstraction faite de l'existence du registre des actions.

La disposition légale précitée a pour but de garantir la constitution intégrale du capital social composé d'actions nominatives. Comme pareille exigence existe pour toute société anonyme, quelle que soit l'espèce d'actions qui composent son capital social, le souscripteur d'une action au porteur non entièrement libérée doit être traité de la même manière. Aucun motif ne peut être invoqué pour aggraver, ou alléger sa responsabilité par rapport au souscripteur d'une action nominative.

La société peut, sans toutefois y être obligée, faire dépendre de l'obtention de sûretés⁶⁹⁴ son consentement à une reprise de dette extinctive. Ce n'est qu'à la condition d'avoir demandé de telles sûretés et de ne pas les avoir obtenues qu'un refus éventuel de la société est légitime. Si des sûretés sont constituées et suffisantes, la société ne pourra s'opposer à ce que le nouvel actionnaire assume dorénavant seul l'obligation de verser le solde impayé de l'action, avec effet libératoire pour son prédécesseur, s'il ne s'agit pas d'un souscripteur qui assume à cet égard une responsabilité particulière⁶⁹⁵.

En revanche, lorsque aucune suite n'est donnée dans un délai raisonnable à la demande de la société de fournir des sûretés, ou si celles-ci sont insuffisantes, l'administration pourra légitimement refuser au cessionnaire insolvable la reconnaissance de la qualité d'actionnaire⁶⁹⁶. La conséquence en sera qu'en présence d'une reprise de dette interne, cumulative, la société pourra réclamer soit à l'un, soit à l'autre le paiement du solde non versé de l'action, et cela dès la conclusion du contrat de reprise de dette entre eux⁶⁹⁷. Dès cet instant, ils répondront solidairement⁶⁹⁸ de ce paiement à l'égard de la société.

Lorsqu'une action au porteur non intégralement libérée est acquise en vertu du régime matrimonial, par succession, ou dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, des sûretés ne peuvent évidemment pas être exigées du

⁶⁹² Carry, *Mélanges Roger Secrétan*, pp. 23 ss, notamment 31-32; von Steiger, *Société anonyme*, p. 170, note 85.

⁶⁹³ Capitaine, *SAG* 1946/47 pp. 15 ss, notamment 20; Folliet, *ZSR* 1951 pp. 32 ss, notamment 51.

⁶⁹⁴ On appliquera par analogie l'art. 686 al. 3 CO; Carry, *Mélanges Roger Secrétan*, pp. 23 ss, notamment 31; Bürgi, *Commentaire Rem. préli.*, ad art. 683-687 CO, note 34 et Bürgi, *Commentaire ad art. 686 CO*, note 5.

⁶⁹⁵ On appliquera par analogie l'art. 687 al. 2 CO.

⁶⁹⁶ Bürgi, *Commentaire Rem. préli.*, ad art. 683-687 CO, note 31.

⁶⁹⁷ Art. 112 al. 2 CO.

⁶⁹⁸ Art. 143 CO.

nouvel actionnaire. S'agissant d'actions dont le transfert n'est limité par aucune clause statutaire, la société sera démunie face à l'acquéreur, qu'elle devra accepter alors même que sa solvabilité paraîtrait douteuse. Une application par analogie de l'art. 686 al. 4 CO est exclue, car cette disposition suppose l'existence d'un sociétariat dont le transfert est soumis à des restrictions ⁶⁹⁹.

Le cessionnaire répond seul de la libération du solde non versé dès l'instant où la société a donné son accord à une reprise de dette extinctive par le nouvel actionnaire ⁷⁰⁰. Il sera tenu au paiement de ce solde aussi longtemps que la société n'aura pas consenti à une nouvelle reprise de dette extinctive par un acquéreur subséquent.

Doit-on exiger que l'acte de cession mentionne le montant libéré de l'action, comme lorsqu'elle est incorporée dans un papier-valeur ? ⁷⁰¹ Rappelons qu'il s'agit là d'une simple prescription d'ordre pour le titre d'action. Le défaut d'indication de la libération partielle n'aura pas pour conséquence que l'actionnaire puisse se soustraire à son obligation de payer le non versé, mais pourra donner lieu à une action en dommages-intérêts contre l'administration de la société pour avoir failli à son devoir de diligence ⁷⁰².

S'il est évidemment souhaitable et dans l'intérêt de l'actionnaire-cessionnaire que l'acte de cession indique le montant libéré, on ne saurait voir dans une telle mention une condition de validité de la cession et, partant, du transfert du sociétariat. Une manœuvre malhonnête, ou une négligence commise par le cédant ne peut influencer sur la validité de la cession dès l'instant où, dans l'intérêt social, on doit admettre que l'acte de cession doit, en toutes circonstances, revêtir un caractère abstrait.

Le cessionnaire induit en erreur n'aura que la possibilité de se retourner contre le cédant pour lui réclamer des dommages-intérêts. Il ne pourra agir à l'encontre de la société qui n'est pas concernée du fait qu'elle est étrangère à l'acte de cession. Cela n'empêchera pas que le cessionnaire vis-à-vis duquel la société aura consenti à une reprise de dette extinctive devra en toutes circonstances verser le solde impayé de l'action.

Nous résumerons en constatant qu'en raison du fait que rien — hormis l'existence d'un registre des actions — ne distingue en définitive une action au porteur, d'une action nominative simple, lorsque la qualité d'actionnaire n'a pas été incorporée dans un papier-valeur, un traitement identique s'impose à l'une et à l'autre, peu importe la libération totale ou partielle.

L'actionnaire qui, dans l'attente de l'émission d'un titre au porteur, a pour seul document une quittance de libération, peut aussi transférer ses droits en

⁶⁹⁹ Bûrgi, Commentaire ad art. 686 CO, note 61.

⁷⁰⁰ Art. 176 al. 1 CO.

⁷⁰¹ Art. 687 al. 4 CO.

⁷⁰² Bûrgi, Commentaire ad art. 687 CO, note 19.

se conformant aux règles de la cession de créance. Pour l'essentiel, on peut donc renvoyer à ce qui vient d'être exposé.

La quittance de libération de l'action devra être remise au cessionnaire des droits ⁷⁰³. De même, le nouvel actionnaire pourra exiger la remise d'un titre de preuve que la société anonyme aurait délivré à son prédécesseur ⁷⁰⁴. Cependant, l'inexécution de cette obligation, qui n'a qu'un caractère accessoire, n'affectera pas la validité de la cession ⁷⁰⁵. En effet, le transfert de la possession d'un éventuel titre de preuve, par opposition au papier-valeur, n'est pas constitutif du transfert du sociétariat. Le cessionnaire ne peut établir le transfert des droits que moyennant l'acte de cession, seul document propre à apporter la preuve d'une acquisition dérivée de droits d'actionnaire non incorporés dans un titre ⁷⁰⁶.

Après la notification de la cession, le nouvel actionnaire pourra se faire délivrer un nouveau titre de preuve de sa qualité d'actionnaire. Il sera sans importance qu'il soit en mesure ou non de restituer à la société l'ancien titre qu'elle avait délivré à son prédécesseur. La délivrance d'un nouveau titre de preuve ne peut être refusée dès l'instant où l'actionnaire présente un acte de cession qui fait foi du transfert des droits d'actionnaire. La présomption attachée à l'ancien titre est détruite par l'acte de cession postérieur à sa confection, de sorte qu'il n'y a pas d'inconvénient majeur, pour la société, à délivrer un nouveau titre de preuve au cessionnaire des droits, même si elle n'obtient pas la restitution de l'ancien titre.

Cela est vrai non seulement pour le titre de preuve simple, mais aussi pour un titre de présentation émis pour attester la qualité d'actionnaire. L'acquéreur d'une action pour laquelle un titre de légitimation a été émis et qui ne peut obtenir qu'il lui soit remis doit exiger de l'aliénateur une déclaration d'annulation ⁷⁰⁷. Dans l'hypothèse insolite où il n'obtiendrait pas cette déclaration, la société qui a reçu notification de la cession n'est cependant pas autorisée à admettre à l'exercice des droits d'actionnaire la personne qui présente le titre, alors même qu'elle s'est réservé cette faculté en émettant un titre de légitimation. Ayant eu connaissance du transfert des droits en raison de la notification de la cession, la société serait de mauvaise foi.

2. Le certificat intérimaire

Un certificat intérimaire pour une action au porteur non intégralement libérée est pour nous un titre nominatif ⁷⁰⁸, et non un titre de preuve.

⁷⁰³ Art. 170 al. 2 CO.

⁷⁰⁴ Arrêt Meier contre Fischer, du 23 juin 1964, ATF 90 II pp. 164 ss, JT 1965 I pp. 48 ss.

⁷⁰⁵ Contrairement au droit allemand, cf. par. 952 BGB.

⁷⁰⁶ Nous faisons évidemment abstraction de transferts *ex lege*.

⁷⁰⁷ Art. 90 al. 1 CO.

⁷⁰⁸ *Supra*, pp. 47 ss.

S'agissant donc d'un papier-valeur, le transfert de la possession du certificat est indispensable ⁷⁰⁹, mais non suffisant. A part la tradition du document, le nouvel actionnaire devra obligatoirement obtenir de son prédécesseur une déclaration de cession des droits. Celle-ci pourra être incomplète; elle pourra ne pas mentionner le bénéficiaire de la cession. Cela aura pour effet que l'acquéreur aura, en cas de contestation, la charge de la preuve que c'est à lui que son prédécesseur a transféré le certificat, et non à quiconque d'autre.

A l'instar du titulaire de droits d'actionnaire non incorporés dans un titre, le titulaire d'un certificat intérimaire ne peut acquérir la qualité d'actionnaire que dans la mesure où ses prédécesseurs en ont eux-mêmes valablement fait l'acquisition. Une cession du certificat, faite en dépit de l'absence de capacité d'en disposer, affectera tout transfert subséquent.

Diverses opinions ont été émises en doctrine à propos de la responsabilité pour le solde non versé de l'action incorporée dans un tel certificat. Selon Bürgi, il convient d'appliquer par analogie l'art 687 CO ⁷¹⁰, alors que pour Capitaine ⁷¹¹, le souscripteur de l'action est seul responsable du non versé. Pour Boemle ⁷¹², en revanche, le souscripteur et l'acquéreur du certificat en sont solidairement responsables.

Nous nous rallierons à l'opinion de Bürgi pour le motif qu'il n'y a pas de raison d'appliquer des règles différentes de celles qui sont valables pour l'action nominative, dès l'instant où le nouvel actionnaire peut être connu sans difficulté et que le risque d'obtenir la libération intégrale du capital social n'est pas plus grand ici. Nous pensons donc qu'à la suite d'un transfert du certificat, le souscripteur de l'action ne peut être recherché en paiement du solde de celle-ci qu'à la double condition que la société soit tombée en faillite dans les deux ans qui suivent son inscription au Registre du commerce et que l'acquéreur du certificat soit déclaré déchu de ses droits d'actionnaire ⁷¹³. En revanche, un acquéreur ultérieur du certificat sera libéré de l'obligation de verser le solde de l'action pour autant qu'il se trouve au bénéfice d'un acte de reprise de dette extinctive.

3. *Le certificat d'actions*

L'actionnaire sans actions intégralement libérées, mais en possession d'un certificat global, peut transférer ses droits suivant les règles applicables au transfert des titres au porteur. Il suffit donc qu'il remette le certificat d'actions à l'acquéreur ⁷¹⁴. Ce dernier en devient le propriétaire régulier, alors même que

⁷⁰⁹ Art. 967 al. 1 CO.

⁷¹⁰ Bürgi, Commentaire ad art. 688 CO, note 24.

⁷¹¹ Capitaine, SAG 1945/46 pp. 15 ss, notamment 21.

⁷¹² Boemle, thèse, p. 103.

⁷¹³ Art. 687 al. 2 CO.

⁷¹⁴ Art. 967 al. 1 CO.

l'aliénateur n'avait pas le pouvoir de disposer du certificat ⁷¹⁵. La protection de la bonne foi de l'acquéreur va même tellement loin qu'elle couvre non seulement l'hypothèse où le certificat a été confié à l'aliénateur à un titre quelconque, mais aussi celle où l'aliénateur du certificat se l'est approprié indûment ⁷¹⁶. L'appréciation de la bonne foi de l'acquéreur du certificat obéira cependant à des critères sévères. Même une faute légère, appréciée objectivement, lui serait imputable et de nature à détruire sa bonne foi ⁷¹⁷.

Lorsque les actions ne sont pas intégralement libérées, l'émission d'un certificat d'actions n'est pas possible. Un tel certificat serait nul ⁷¹⁸, et par conséquent son transfert n'opérerait aucun changement de la qualité d'actionnaire.

B. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre est nul*

Les droits d'actionnaire ne sont pas incorporés dans le titre, aussi sa tradition à l'acquéreur n'a-t-elle aucune signification propre et ne peut-elle transférer la qualité d'actionnaire, alors même que le titre aurait encore quelque valeur comme moyen de preuve. La tradition du titre doit être remplacée par un acte de cession, ce qui a pour conséquence que l'acquéreur de bonne foi ne peut être protégé.

L'acquéreur des droits peut exiger la remise du titre nul en tant qu'éventuel moyen de preuve de sa qualité ⁷¹⁹. Ceci lui permettra d'éviter que le détenteur d'un tel titre ne puisse alléguer qu'il est devenu titulaire des droits d'actionnaire, en faisant admettre que, malgré une apparence trompeuse, le titre incorpore la qualité d'actionnaire. Pour parer à ce risque qui est d'autant plus grand qu'en cas de doute il convient de conclure à l'existence d'un papier-valeur pour des motifs touchant à la sécurité du commerce des titres d'action ⁷²⁰, le cessionnaire a tout intérêt à exiger que le cédant lui procure la possession du titre dont la qualité est litigieuse, et que le transfert observe la forme de la cession pour le cas où le titre serait effectivement entaché de nullité.

Rappelons que la notion du titre nul est imprécise, en dehors des cas spécialement visés par la loi ⁷²¹. Dès lors que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral ⁷²², la possession d'un titre au porteur crée une présomption de légitimité.

⁷¹⁵ Art. 933 CC.

⁷¹⁶ Art. 935 CC.

⁷¹⁷ Cf. *supra*, p. 21.

⁷¹⁸ Art. 683 al. 1 CO.

⁷¹⁹ Art. 170 al. 2 CO.

⁷²⁰ Cf. *supra*, pp. 51 ss.

⁷²¹ Cf. *supra*, p. 55.

⁷²² Arrêt Union de Banques Suisses contre SI rue de Lausanne 51 SA, du 27 mars 1958, ATF 84 II pp. 281 ss, SJ 1959 pp. 265 ss, JT 1959 I p. 159, contra Tribunal de Commerce de Zurich, du 14 mai 1964, Bl. ZR 1965 pp. 242 ss.

mation absolue à l'exercice des droits qui s'y trouvent incorporés, il n'est pas indiqué de laisser le titre entre les mains d'une personne qui n'est pas l'ayant droit.

Il n'est pas nécessaire de poser le problème du titre au porteur représentant une action non intégralement libérée, sa nullité étant prévue, pour cette raison, par la loi ⁷²³.

2. *Le titre non disponible*

Dès l'instant où l'actionnaire a perdu la possession de son titre, il ne peut plus transférer sa qualité. L'incorporation de ses droits dans un papier-valeur rend indispensable le transfert de la possession ⁷²⁴ du titre sous une des formes admises ⁷²⁵ par le législateur.

3. *Le titre perdu ou volé, et annulé*

L'annulation de son titre met l'actionnaire dans la situation où il se trouvait avant d'en être dessaisi.

Lorsque le titre n'a pu être annulé faute d'avoir pu être individualisé, mais que sa destruction a été dûment constatée, les droits d'actionnaire doivent être transférés suivant les règles régissant la cession de créance, et éventuellement lorsqu'un solde non versé de l'action subsiste accompagné d'une reprise de dette interne, cumulative ⁷²⁶ ou externe, extinctive ⁷²⁷ lorsque la société a consenti à libérer de toute obligation l'ancien actionnaire.

En revanche, dans le cas ordinaire de l'annulation du titre, l'actionnaire peut soit recourir à la cession pour transférer l'action, soit aussi demander à la société un nouveau titre au porteur, qu'il remettra à l'acquéreur de l'action. La société peut toutefois refuser la délivrance d'un nouveau titre si elle estime que le requérant n'a pas la qualité d'actionnaire. De même pourra-t-elle contester cette qualité à un simple cessionnaire le jour où celui-ci voudrait exercer des droits dans la société, voire exigerait de celle-ci la remise d'un titre. Toutefois, la société ne pourra soulever que les exceptions personnelles au requérant, aux éventuels cessionnaires qui l'ont précédé, et celles opposables au dernier détenteur du titre, mais point celles qu'elle pouvait faire valoir à l'égard des prédécesseurs de celui-ci ⁷²⁸.

*
* * *

⁷²³ Art. 683 al. 1 CO.

⁷²⁴ Art. 967 al. 1 CO.

⁷²⁵ Art. 922 à 924 CC.

⁷²⁶ Art. 175 CO.

⁷²⁷ Art. 176 CO ss.

⁷²⁸ Art. 979 CO.

IV. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION NOMINATIVE

A l'instar des actions au porteur, les actions nominatives sont en principe librement transmissibles. Elles diffèrent des premières par le fait que la société doit apporter son concours pour l'accomplissement d'une formalité étrangère à l'acte de transfert, mais importante pour la légitimation de l'actionnaire. La loi exige l'inscription de l'actionnaire sur un registre que la société doit tenir à cet effet ⁷²⁹.

A. LE REGISTRE DES ACTIONS

L'administration de la société assume l'obligation d'établir un registre des actions. Au besoin, l'actionnaire peut, par la voie judiciaire, l'y contraindre ⁷³⁰, et l'inexécution de cette obligation peut être génératrice d'une action en dommages-intérêts ⁷³¹.

En interprétant littéralement l'art. 685 CO, comme d'ailleurs d'autres dispositions légales ⁷³², on serait tenté de penser que la mise sur pied d'un registre des actions n'est nécessaire, voire possible, qu'après l'émission de titres d'action valant papier-valeur ⁷³³, cette disposition supposant nécessairement l'existence de tels titres. Une partie de la doctrine a, pour cette raison, défendu cette opinion ⁷³⁴.

Consciente, cependant, des inconvénients d'une telle interprétation, cette doctrine admet la possibilité d'établir, avant l'émission des titres d'action, une liste des actionnaires ayant pour but de renseigner sur les transferts d'actions, et qui mentionne les personnes que la société considère comme actionnaires. Elle attribue à cette liste le même effet déclaratif que la jurisprudence actuelle ⁷³⁵ du Tribunal fédéral accorde à l'inscription de l'actionnaire au registre des actions.

⁷²⁹ Art. 685 CO.

⁷³⁰ Winkler, pp. 13-14; Schucany, Commentaire ad art. 685 CO, note 1; Bürgi, Commentaire ad art. 685 CO, note 3.

⁷³¹ Pestalozzi-Henggeler, p. 43.

⁷³² Cf *supra*, pp. 33 ss.

⁷³³ Il n'est pas sans intérêt de rappeler ici que l'origine du titre d'action remonte au livre dans lequel les parts de chaque actionnaire étaient inscrites avec leur nominal et le nom de celui-ci. L'inscription était certifiée par une attestation qui est devenue le titre d'action moderne. Le registre des actions est donc antérieur à ce dernier, cf. notamment Lehmann K., t. 1, pp. 64.65.

⁷³⁴ Wieland A., Basler Studien zur Rechtswissenschaft n° 18, p. 54; Wettstein, p. 84; Pestalozzi-Henggeler, p. 43.

⁷³⁵ Arrêt Häring contre Beglinger, du 11 juin 1957, ATF 83 II p. 297, JT 1958 I pp. 473 ss, notamment 477; Arrêt Meier contre Fischer, du 23 juin 1964, ATF 90 II pp. 164 ss, JT 1965 I pp. 48 ss, notamment 54; Arrêt Häring contre Wortmann, du 7 juillet 1964, RO 90 II pp. 235 ss, JT 1965 I pp. 138 ss, notamment 144.

Avec raison, Bùrghi a combattu l'interprétation littérale de l'art. 685 CO ⁷³⁶. Il estime qu'il n'y a aucune raison valable de s'attacher à la lettre même de la loi, dès lors que le législateur n'a pas réglé le problème des droits d'actionnaire qui ne sont pas matérialisés dans des titres ⁷³⁷. Se fondant sur une interprétation téléologique, Bùrghi est d'avis que la société doit instituer un registre des actions indépendamment de l'émission de titres d'action sous forme de papiers-valeurs. En principe, l'obligation de tenir un registre des actions existera donc dès l'inscription de la société sur le registre du commerce ⁷³⁸. Bùrghi ⁷³⁹, suivi par la jurisprudence ⁷⁴⁰, admet néanmoins qu'il s'agit là d'une prescription d'ordre.

Les Tribunaux ont reconnu à l'actionnaire le droit d'exiger de la société qu'elle consente à un transfert d'actions non exclu par les statuts, et à l'inscription de l'acquéreur au registre des actions ⁷⁴¹. Cela suppose évidemment l'existence d'un tel registre.

La *ratio legis* de l'art. 685 CO est la même, que la société ait procédé à une émission d'actions ou non. Le registre des actions peut remplir une fonction de légitimation à l'exercice des droits d'actionnaire, alors qu'aucun papier-valeur matérialisant la qualité d'actionnaire n'est émis. Cette inscription revêt un intérêt accru pour la société dans une telle hypothèse ⁷⁴². En effet, la légitimation à l'exercice des droits d'actionnaire est plus malaisée à établir du fait que l'actionnaire ne dispose pas d'un titre dûment endossé, ou muni d'une déclaration de cession, dont la présentation obligerait la société à l'inscrire sur le registre des actions.

Tout comme la société, l'actionnaire dépourvu de titre a aussi un intérêt à l'existence d'un registre des actions qui lui procurera une certaine sécurité quant à l'exercice de ses droits, sécurité qui autrement lui fait défaut ⁷⁴³.

Il convient donc d'admettre que l'obligation qu'a l'administration de la société de créer un registre des actions est générale, indépendante de l'émission de titres d'action. Il s'ensuit que quiconque justifie, à l'égard de la société, être titulaire d'une action nominative peut exiger la tenue d'un registre des actions, alors même qu'il ne serait pas fondé à réclamer une incorporation de

⁷³⁶ Bùrghi, Commentaire Rem. pré., ad art. 683-687 CO, note 28 et ses références de doctrine.

⁷³⁷ De tels droits relèvent pour lui d'une lacune dans la loi, cf. Bùrghi, Commentaire Rem. pré., ad art. 683-687 CO, note 19, opinion que nous ne pouvons partager, cf. *supra*, pp. 34 ss.

⁷³⁸ Schucany, Commentaire ad art. 685 CO, note 1; Forrer, p. 238.

⁷³⁹ Bùrghi, Commentaire ad art. 685 CO, note 1.

⁷⁴⁰ Arrêt Carl Rahm AG contre Rahm, du 5 février 1960, ATF 86 II pp. 95 ss, JT 1960 I pp. 367 ss, notamment 368.

⁷⁴¹ Arrêt F.X. contre X et Co SA et Consorts, du 21 mars 1950, ATF 76 II pp. 51 ss, JT 1950 I pp. 555 ss, notamment 564.

⁷⁴² Teitler, p. 159.

⁷⁴³ *Supra*, pp. 105 ss.

ses droits dans un papier-valeur. Ce droit appartient indifféremment au souscripteur de l'action et à tout acquéreur ultérieur de la qualité d'actionnaire.

L'opinion a été émise en doctrine que la société serait tenue d'établir un registre des actions toutes les fois qu'elle n'émettrait pas de papiers-valeurs matérialisant les droits d'actionnaire, que ce soit des actions au porteur ou des actions nominatives ⁷⁴⁴. Cette opinion peut paraître insolite à première vue. En effet, on peut considérer que l'absence d'incorporation des droits d'actionnaire dans un titre au porteur ne doit pas servir de prétexte à la société pour exercer un contrôle sur les titulaires des actions, contrôle qui serait exclu si ces actions étaient émises. Mais ce contrôle existe pratiquement sans un tel registre, les changements de titulaires des droits d'actionnaire devant être communiqués à la société pour déployer un effet à son égard ⁷⁴⁵. En fin de compte, la création éventuelle d'un registre des actions pour des actions au porteur non émises ne modifie donc pas la situation de l'actionnaire à l'égard de la société.

Aussi longtemps que la qualité d'actionnaire ne sera pas matérialisée dans un titre au porteur, l'existence d'un registre des actions n'aura aucun inconvénient pour l'actionnaire; au contraire, il lui apportera un avantage par la relative sécurité qu'il lui confère pour l'exercice de ses droits. Il en a besoin au même titre qu'un actionnaire sans action nominative.

La tenue d'un registre des actions toutes les fois où la société n'a émis aucun papier-valeur matérialisant la qualité d'actionnaire est à souhaiter, quelle que soit l'espèce d'actions stipulées par les statuts.

B. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur*

Il est utile de se rappeler ici également de la distinction à opérer entre l'action intégralement libérée et celle qui ne l'est que partiellement.

a) *L'action intégralement libérée*

L'action nominative qui n'est pas incorporée dans un papier-valeur ne se distingue en principe pas d'une action au porteur présentant la même particularité. En effet, rappelons une fois de plus que cette distinction n'a de sens que si les droits d'actionnaire sont incorporés dans des papiers-valeurs. De tels droits sont également librement transmissibles suivant les règles de la cession de créance ⁷⁴⁶. La titularité de la qualité d'actionnaire passe à l'acquéreur

⁷⁴⁴ Hahnloser, p. 11, contra, Winkler, p. 14.

⁷⁴⁵ Art. 167 CO.

⁷⁴⁶ *Supra*, pp. 143 ss.

avec la signature de l'acte de cession, mais pour autant seulement que le cédant ait réellement cette qualité. Pour déployer un effet à l'égard de la société, la cession doit évidemment être portée à sa connaissance ⁷⁴⁷ sans que cela soit suffisant pour que l'actionnaire puisse prétendre à la reconnaissance de sa qualité.

L'inscription au registre des actions ne constitue jamais une cause juridique de l'acquisition du sociétariat ⁷⁴⁸. A cet effet, la société ne peut se contenter de recevoir une notification de la cession. Celle-ci ne déploie qu'un effet négatif, en ce sens que la société ne peut dorénavant plus valablement prêter au cédant des droits. Seule la présentation de l'acte de cession l'obligera à opérer l'inscription ⁷⁴⁹, celle-ci découlant du transfert régulier des droits d'actionnaire ⁷⁵⁰.

La titularité des droits d'actionnaire de l'acquéreur n'est pas touchée par la nécessité de présenter l'acte de cession. La société peut prêter au nouvel actionnaire sans avoir demandé la présentation de cette pièce. Personne ne peut lui reprocher la prestation à l'actionnaire réel qui ne s'est pas légitimé. Le droit pour la société d'examiner la légitimation n'a été institué que dans son propre intérêt, en raison de l'incertitude où elle peut se trouver quant à l'ayant droit ⁷⁵¹. Après l'inscription sur le registre des actions, le nouvel actionnaire pourra, à défaut d'un titre sur lequel son inscription serait mentionnée, exiger de la société une attestation de son inscription ⁷⁵².

L'actionnaire qui, pour une raison quelconque, n'a pas été inscrit au registre des actions, ne sera pas pour autant privé de la possibilité de céder son sociétariat. Cette inscription n'étant pas une condition de validité du transfert du sociétariat lorsque l'action est incorporée dans un titre à ordre ou nominatif, il ne peut en être autrement lorsqu'un tel titre n'existe pas.

Pour obtenir son inscription, l'acquéreur devra présenter tous les actes de cession précédents. Alors qu'à l'acquéreur d'une action nominative incorporée dans un titre à ordre, les exceptions personnelles contre un précédent actionnaire sont inopposables ⁷⁵³, sous réserve de l'exception du défaut de capacité de l'exercice des droits civils du prédécesseur direct ⁷⁵⁴, la société peut opposer au cessionnaire des droits toutes les exceptions qu'elle pouvait faire valoir

⁷⁴⁷ Art. 167 CO.

⁷⁴⁸ Carry, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 9, pp. 163 ss, notamment 175.

⁷⁴⁹ Schucany, Commentaire ad art. 685 CO, note 2.

⁷⁵⁰ Art. 685 al. 2 CO.

⁷⁵¹ Jäggi, SAG 1950/51 pp. 173 ss, notamment 175.

⁷⁵² L'art. 685 al. 3 CO est applicable par analogie.

⁷⁵³ Art. 1146 CO.

⁷⁵⁴ Jäggi, Commentaire ad art. 967 CO, note 182; cf. à ce sujet von Steiger, SJZ 1963, pp. 333 ss.

contre ses prédécesseurs ⁷⁵⁵. L'absence d'incorporation de la qualité d'actionnaire dans un titre à ordre a pour effet de rendre inopérante la bonne foi de l'acquéreur ⁷⁵⁶. Le cessionnaire se trouve dans la même situation que le requérant ⁷⁵⁷ d'une inscription au registre des actions qui se fonderait sur le transfert d'une action nominative incorporée dans un titre nominatif ou matérialisé dans un titre à ordre transféré selon les règles de la cession ⁷⁵⁸.

Lorsqu'un cédant n'a pas le pouvoir de disposer des droits d'actionnaire, la titularité de tous ceux qui par la suite acquièrent la qualité d'actionnaire en vertu d'un acte de cession en sera affectée, en dépit de leur bonne foi. En revanche, par l'effet de l'endossement, cette situation ne se produit pas pour un titre à ordre matérialisant les droits d'actionnaire. Bénéficiant d'une chaîne ininterrompue d'endossements, le dernier endossataire devra être de bonne foi pour pouvoir requérir son inscription au registre des actions.

L'inscription du titulaire précédent sur le registre des actions dispense l'acquéreur des droits d'actionnaire de fournir la preuve que son prédécesseur les avait acquis régulièrement, car on peut admettre que cette inscription n'aurait pas eu lieu si l'acquisition des droits avait été viciée. L'acquéreur peut donc bénéficier de la présomption que son prédécesseur a été inscrit régulièrement.

Comme le registre des actions ne fait pas foi des faits qu'il constate, l'acquéreur ne peut toutefois pas invoquer sa bonne foi à l'égard d'une inscription. Si la preuve de la fausseté de l'inscription est apportée, l'actionnaire auquel la société n'a pas remis de titre n'aura pas valablement acquis ses droits. Il ne lui restera guère d'autre solution que d'actionner l'aliénateur des droits d'actionnaire en paiement de dommages-intérêts, voire de se retourner contre la société, si cette dernière a commis une faute en opérant une inscription qui se révèle infondée.

Toutefois, on n'admettra une telle faute que dans des cas d'une certaine gravité, telle l'inscription d'une personne au registre des actions, alors qu'un acte de cession n'a pas été présenté. La société doit faire preuve d'une prudence accrue, car lorsque les droits de l'actionnaire ne sont pas incorporés dans un titre, il peut être délicat d'établir qui a la qualité d'actionnaire ⁷⁵⁹. Pensons au cas où plusieurs personnes revendiquent la titularité de la même action.

La qualité d'actionnaire ayant été démontrée par l'acte de cession, l'inscription doit être opérée. L'accomplissement de cette formalité est d'autant plus importante en l'occurrence qu'il n'existe aucun titre d'action propre à faciliter

⁷⁵⁵ Art. 169 al. 1 CO.

⁷⁵⁶ Forrer, p. 254.

⁷⁵⁷ C'est normalement l'aliénateur des droits, cf. Arrêt F.X. contre X et Co SA et Consorts, du 21 mars 1950, ATF 76 II pp. 51 ss, JT 1950 I pp. 556 ss, notamment 564. Une ancienne jurisprudence reconnaît aussi ce droit à l'acquéreur, cf. Arrêt Miney et C^{ie} contre Marti, du 27 septembre 1927, ATF 53 II pp. 305 ss, notamment 312.

⁷⁵⁸ Sontag, SAG 1948/49 pp. 159 ss.

⁷⁵⁹ Cf. *supra*, pp. 151-152.

la légitimation de l'actionnaire. Le sociétaire dont les droits ne sont pas incorporés dans un papier-valeur doit tout spécialement être intéressé à cette inscription, puisqu'elle opère un renversement du fardeau de la preuve de sa qualité.

Le tiers qui entend contester ses droits devra établir qu'il n'est pas actionnaire, ce dernier pouvant se borner à invoquer son inscription au registre des actions. L'actionnaire au profit duquel a été opérée l'inscription, jouit donc à l'égard de la société et des tiers d'une situation privilégiée sous l'angle de la preuve de ses droits.

Il peut arriver que la société découvre tardivement qu'une inscription n'aurait pas dû être opérée en raison du défaut de capacité d'un cédant antérieur, ou d'un acte de cession entaché d'un vice qui ne pouvait être décelé par un examen diligent ⁷⁶⁰. La société aura alors non seulement le droit, mais aussi l'obligation de contester la qualité de l'actionnaire inscrit. Elle assumera au même titre qu'un tiers le fardeau de la preuve de l'inexactitude de l'inscription ⁷⁶¹.

b) L'action partiellement libérée

La loi fixe de manière précise les règles valables pour le transfert d'actions nominatives qui ne sont que partiellement libérées ⁷⁶². Bürgi ⁷⁶³ préconise l'application par analogie de ces dispositions aux droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur. La société encourt, dans les deux cas, les mêmes risques, quant à la constitution intégrale de son capital social.

L'actionnaire auquel la société n'a pas remis de titre pourrait donc être astreint à fournir des sûretés ⁷⁶⁴ pour garantir la libération de l'action. L'aliénateur-souscripteur de l'action pourrait, quant à lui, être recherché pour le paiement du solde non versé, à la double condition qu'un acquéreur subséquent ait été déclaré déchu de sa qualité d'actionnaire et que la société ait été mise en faillite dans un délai de deux ans dès son inscription au Registre du commerce ⁷⁶⁵.

La requête d'inscription sur le registre des actions implique l'offre faite à la société de reprendre la dette et de libérer l'ancien actionnaire de son obligation de verser le solde de l'action. Le cédant des droits est libéré de cette obligation lorsque la société anonyme a consenti inconditionnellement à la reprise de dette ⁷⁶⁶ externe pour laquelle elle est sollicitée; faute d'une telle acceptation, l'obligation de paiement de l'actionnaire-cédant subsiste, tout

⁷⁶⁰ Hagmann, p. 81.

⁷⁶¹ Contra, Wieland K., p. 102.

⁷⁶² Art. 687 CO.

⁷⁶³ Bürgi, SAG 1950/51 pp. 133 ss, notamment 135.

⁷⁶⁴ Art. 686 al. 3 CO.

⁷⁶⁵ Art. 687 al. 2 CO.

⁷⁶⁶ Art. 176 al. 1 CO.

comme celle du cessionnaire solidairement responsable du solde non versé. On se trouve alors en présence d'une reprise de dette interne, cumulative ⁷⁶⁷.

Si l'acte de cession est vicié, par exemple parce que le cédant n'avait pas le pouvoir de disposer des droits, une reprise de dette extinctive ne déploiera pas d'effet. L'inscription du cessionnaire au registre des actions n'est donc pas décisive à cet égard, car elle ne confère pas la qualité d'actionnaire, mais la suppose ⁷⁶⁸. Tout en restant inscrit au registre, le cédant des droits a pu être libéré de l'obligation de payer le solde non versé. En excipant de l'existence d'une reprise de dette extinctive, il fera échec à la demande de paiement ⁷⁶⁹ que la société pourra lui adresser. Inversement, il peut être appelé à libérer l'action, bien que le cessionnaire ait été inscrit au registre à sa place, si on est simplement en présence d'une reprise de dette interne.

L'inscription régulière du nouvel actionnaire n'est qu'une conséquence du fait que les droits d'actionnaire ont été valablement transférés; elle n'est pas nécessairement décisive quant à l'extinction de l'obligation de l'ancien actionnaire de verser le solde de l'action. Elle crée la simple présomption en sa faveur que cette obligation est éteinte.

La présentation d'une quittance de libération des actions n'est pas nécessairement suffisante pour que le souscripteur puisse obtenir son inscription sur le registre des actions. Elle sera en tout cas insuffisante pour un acquéreur ultérieur de la qualité d'actionnaire. Pour ce dernier, seule la déclaration de cession des droits peut justifier cette inscription, les cas d'acquisition *ex lege* étant évidemment réservés.

Bien que seule la cession ait pour effet de transférer les droits d'actionnaire du patrimoine du cédant dans celui du cessionnaire, la société doit exiger, avant de procéder à l'inscription du nouvel actionnaire qu'un titre de preuve simple ou de présentation, voire un titre de légitimation précédemment délivré, lui soit restitué, afin d'éviter des contestations ultérieures quant à la qualité d'actionnaire. Rappelons, ici, que l'inscription sur le registre des actions ne constitue, aux termes de la jurisprudence du Tribunal fédéral, qu'une présomption réfragable ⁷⁷⁰ de la qualité d'actionnaire. Un ancien actionnaire, ou un tiers quelconque justifiant d'un intérêt juridique, pourrait, dans des circonstances exceptionnelles, contester les droits de l'actionnaire inscrit sur la foi d'un titre de preuve en sa possession. Nous savons que, comme le papier-valeur, cette espèce de titre crée, en faveur de son possesseur, une présomption de la titularité du droit qu'il certifie. Elle pourra éventuellement renverser celle que crée l'inscription au registre des actions lorsque l'actionnaire aura perdu son acte de cession. Sa radiation du registre pourra en être la conséquence.

⁷⁶⁷ Art. 175 CO.

⁷⁶⁸ Arrêt Buchdruckerei Wochenblatt AG contre Fritz et Dame Rechsteiner, du 27 novembre 1961, ATF 87 II pp. 249 ss, JT 1962 I pp. 245 ss, notamment 250.

⁷⁶⁹ Le cas particulier de l'art. 687 al. 2 CO étant réservé.

⁷⁷⁰ Arrêt Meier contre Fischer, du 23 juin 1964, ATF 90 II pp. 164 ss, JT 1965 I pp. 48 ss, notamment 54.

En exigeant la restitution du titre, la société évite ce risque à l'actionnaire. Une personne non inscrite au registre des actions cessera d'être au bénéfice d'une présomption qui est en contradiction avec l'inscription sur ce même registre. Aussi, lorsque le titre ne peut être restitué à la société, estimons-nous que son annulation ⁷⁷¹ doit être exigée avant l'inscription du nouvel actionnaire au registre des actions.

La possession de la quittance de libération est importante aussi bien pour une acquisition originale que dérivée de droits d'actionnaire, puisqu'elle permet de constater dans quelle mesure l'obligation pécuniaire de l'actionnaire est éteinte ⁷⁷². L'acquéreur de la qualité d'actionnaire peut exiger sa remise en vertu des règles régissant la cession de créance ⁷⁷³.

S'il est dans l'impossibilité d'obtenir ce document, l'actionnaire sera cependant en mesure d'établir d'une autre façon le montant libéré de l'action. Il peut produire le procès-verbal de l'assemblée constitutive de la société ⁷⁷⁴, ou l'acte constitutif ⁷⁷⁵, voire le procès-verbal d'une assemblée ultérieure, ou même un extrait du Registre du commerce ⁷⁷⁶. Mais ces documents n'établissent pas s'il s'est acquitté d'un éventuel *agio* réclamé par la société et, pendant un temps plus ou moins long, seule la quittance délivrée à l'actionnaire établira dans quelle mesure il a exécuté son obligation à l'égard de la société.

2. *Le certificat intérimaire*

L'actionnaire qui aurait reçu un certificat intérimaire en lieu et place d'une action nominative non intégralement libérée, dispose également d'un papier-valeur. Ce certificat est, en règle générale, un titre à ordre ⁷⁷⁷, mais il ne peut être exclu qu'il soit un titre nominatif. Il doit alors contenir la clause « non à ordre » qui suppose à son tour l'existence d'une clause statutaire interdisant le transfert des actions par voie d'endossement ⁷⁷⁸.

Dans un cas comme dans l'autre, l'actionnaire peut transférer ses droits en remettant le titre, accompagné dans la première hypothèse d'un endossement ⁷⁷⁹, et dans la seconde d'une déclaration de cession ⁷⁸⁰, cette dernière forme de transfert étant aussi valable lorsque les statuts ne se prononcent pas sur la nature juridique du certificat intérimaire ⁷⁸¹. Il peut s'agir d'un endosse-

⁷⁷¹ Art. 90 a. 1 CO.

⁷⁷² Art. 88 CC.

⁷⁷³ Art. 170 al. 2 CO.

⁷⁷⁴ Art. 635 al. 2 CO.

⁷⁷⁵ Art. 638 al. 2 CO.

⁷⁷⁶ Art. 641 chif. 4 CO.

⁷⁷⁷ Art. 684 al. 2 CO.

⁷⁷⁸ *Supra*, p. 20.

⁷⁷⁹ Art. 684 al. 2 CO.

⁷⁸⁰ Art. 967 al. 2 CO.

⁷⁸¹ Ce qui est valable pour le titre définitif doit aussi l'être pour le titre provisoire que l'actionnaire peut détenir.

ment ou d'une cession mentionnant son bénéficiaire ou, au contraire, en blanc. Les droits de l'actionnaire étant incorporés dans un papier-valeur, le sociétariat ne peut plus être transféré par simple cession sans remise simultanée du certificat. Aussi longtemps que l'acquéreur des droits n'est pas entré en possession du certificat intérimaire, la qualité d'actionnaire n'est pas transférée. En tant que simple cessionnaire ou endossataire du certificat, l'acquéreur peut exiger sa remise, prétention qu'il pourra, au besoin, faire valoir par voie judiciaire contre l'aliénateur ⁷⁸².

L'acquéreur de bonne foi d'un certificat intérimaire est protégé dans son acquisition, aussi bien dans l'hypothèse où ce certificat a été confié à son prédécesseur ⁷⁸³ que dans celle où son détenteur légitime en a été dessaisi de quelque manière que ce soit ⁷⁸⁴, pour autant évidemment qu'il s'agisse d'un titre à ordre, et que celui-ci ait été transféré par voie d'endossement. Là réside une différence importante par rapport à l'actionnaire qui dispose d'un certificat intérimaire pour une action au porteur non intégralement libérée. Du fait qu'il s'agit dans ce dernier cas obligatoirement d'un titre nominatif, la protection de l'acquéreur de bonne foi n'existe pas.

Mentionnons enfin que seule une reprise de dette externe extinctive libérera l'aliénateur du certificat de son obligation de verser le solde de l'action, bien entendu sous réserve de la responsabilité particulière du souscripteur ⁷⁸⁵. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, l'aliénateur et l'acquéreur du certificat sont solidairement responsables de ce paiement ⁷⁸⁶.

3. *Le certificat d'actions*

L'actionnaire qui, en lieu et place d'actions nominatives individuelles, possède un certificat pour plusieurs actions, se heurte aux mêmes problèmes que le titulaire d'un certificat d'actions au porteur, à cette différence près que les actions peuvent être partiellement libérées.

Comme les actions nominatives qu'il est censé remplacer, le certificat incorporant les droits d'actionnaire peut être transféré par sa remise à l'acquéreur, endossé ou muni d'une déclaration de cession suivant sa nature juridique ⁷⁸⁷.

La remise du certificat de la main à la main n'est pas indispensable, les parties pouvant se servir d'une des formes de transfert de la possession ⁷⁸⁸, notamment aussi du constitut possessoire ⁷⁸⁹, dont l'emploi est exclu lorsqu'il s'agit d'un transfert en vue d'une mise en gage du certificat ⁷⁹⁰.

⁷⁸² Conne, p. 65.

⁷⁸³ Art. 933 CC.

⁷⁸⁴ Art. 1006 al. 2, 1152 al. 2 CO.

⁷⁸⁵ Art. 687 al. 2 CO.

⁷⁸⁶ Art. 143 CO.

⁷⁸⁷ Arrêt Carl Rahm AG contre Rahm, du 5 février 1960, ATF 86 II pp. 95 ss, JT 1960 I pp. 366 ss, notamment 368-369.

⁷⁸⁸ Art. 922-924 CC.

⁷⁸⁹ Art. 924 al. 1 CC.

⁷⁹⁰ *Infra*, p. 192.

C. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre nul*

Nos observations relatives à l'action au porteur pour laquelle l'actionnaire dispose d'un titre d'action nul sont également valables ici *mutatis mutandis*, sous réserve des modifications qui découlent de l'existence d'un registre des actions. La qualité d'actionnaire doit être transférée suivant les règles de la cession, mais il est indiqué de respecter aussi l'exigence de la tradition du titre au cessionnaire à tout le moins lorsqu'il est endossé en blanc ⁷⁹¹. Cette façon de procéder garantira, dans des cas où la nullité du titre est incertaine ⁷⁹², un transfert valable de la qualité d'actionnaire.

L'inscription au registre des actions ne provoque pas le transfert de la qualité d'actionnaire, mais le suppose ⁷⁹³. Cela étant, l'actionnaire inscrit au registre des actions qui ne serait pas en possession du titre d'action, soi-disant nul, succomberait devant le détenteur de ce titre, dans l'hypothèse où celui-ci aurait malgré tout conservé sa qualité de papier-valeur. Au bénéfice d'un endossement en blanc, le possesseur du titre pourrait exiger une rectification de l'inscription au registre des actions, car la qualité d'actionnaire est alors incorporée dans le titre et n'a pu être acquise autrement que par le transfert de ce dernier.

2. *Le titre non disponible*

Sans le titre régulièrement émis, l'actionnaire ne peut transférer sa qualité d'actionnaire. L'inscription au registre des actions ne peut l'aider à cet égard. Si donc sa situation ressemble à celle où il est dépourvu d'un titre au porteur, une différence existe cependant lorsqu'il partage la possession du titre avec un tiers, mais ne l'a pas physiquement en main. Il lui sera impossible de transférer la qualité d'actionnaire par une simple délégation de possession ⁷⁹⁴, lorsque ses droits sont incorporés dans un titre à ordre; l'endossement, formalité indispensable au transfert de tels titres, devra figurer sur celui-ci. Il conserve toutefois en pareil cas la possibilité de renoncer à endosser le titre et de le transférer muni d'une déclaration de cession, mais nous savons que l'acquéreur de bonne foi ne sera alors pas protégé.

⁷⁹¹ En dehors de ce cas, la possession d'un titre à ordre par un tiers n'est pas dangereuse pour le légitime titulaire des droits d'actionnaire, l'absence d'endossement infirmant la bonne foi du détenteur.

⁷⁹² Ces cas sont plus fréquents qu'on pourrait le penser en raison du fait que le législateur se contente d'une énumération de titres d'action nuls, cf. art. 644 al. 1 CO, 653 al. 2 CO, 683 al. 2 CO, 688 al. 1 CO, sans indiquer les mentions essentielles du titre d'action, cf. *supra*, pp. 51 ss. Il existe dès lors un certain risque de jurisprudence contradictoire.

⁷⁹³ Arrêt Buckdruckerei Wochenblatt AG contre Fritz et Dame Rechtsteiner, du 27 novembre 1961, ATF 87 II pp. 249 ss, JT 1962 I pp. 245 ss, notamment 250.

⁷⁹⁴ Art. 924 al. 1 CC.

3. *Le titre perdu ou volé, et annulé*

L'actionnaire peut exiger un titre de remplacement, ou transférer ses droits suivant les règles de la cession de créance. Il ne peut choisir entre ces deux possibilités lorsqu'il a seulement pu établir la destruction du titre, sans être en mesure de l'individualiser et, partant, d'obtenir son annulation ⁷⁹⁵. Dans cette dernière éventualité, l'actionnaire ne pourra exiger son inscription au registre des actions que sur la seule foi de la présentation d'une déclaration de cession des droits, voire d'un jugement constatant sa qualité.

La demande de remplacement du titre peut se heurter à une fin de non-recevoir de la société, alors même qu'il a été régulièrement annulé. La délivrance de tout titre de remplacement a valeur d'une reconnaissance de dette de la société émettrice; elle ne peut y être contrainte sans avoir eu la possibilité de soulever toutes les exceptions dont elle dispose ⁷⁹⁶, par exemple celle du défaut de légitimation matérielle du requérant. Il est important que cette exception soit soulevée avant la délivrance du titre de remplacement lorsqu'il s'agit d'un titre à ordre. Elle serait irrecevable à l'égard d'un acquéreur ultérieur du titre puisque celui-ci est protégé dans son acquisition lorsqu'il est de bonne foi ⁷⁹⁷, alors même qu'il aurait commis une faute légère ⁷⁹⁸.

Nous pensons que la solution doit être la même lorsque l'actionnaire réclame un titre nominatif bien qu'un acquéreur ultérieur ne jouisse pas alors de la même protection. Il est contraire à la bonne foi que la société remette un titre de remplacement à une personne et conteste par la suite sa qualité d'actionnaire.

* * *

V. LES STATUTS RESTREIGNENT LE TRANSFERT DES ACTIONS

A. GÉNÉRALITÉS

Le législateur confère à la société la possibilité d'interdire ou de restreindre par des clauses statutaires ⁷⁹⁹ le transfert de ses actions. Il est évident que les statuts déploient leurs effets, que le sociétariat de l'actionnaire soit incorporé

⁷⁹⁵ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

⁷⁹⁶ Arrêt Institut Central des sociétés financières contre Union des usines et exploitations financières de Nasic SA, du 3 mars 1958, ATF 84 II pp. 174 ss, SJ 1959 pp. 237 ss, notamment 240, JT 1959 I pp. 190 ss.

⁷⁹⁷ Art. 1006 al. 2, 1152 al. 2 CO.

⁷⁹⁸ A contrario de l'art. 1006 al. 2 CO, 1152 al. 2 CO.

⁷⁹⁹ Art. 627 chif. 8 CO.

dans un papier-valeur ou non. De telles dispositions sont donc aussi applicables au transfert de droits d'actionnaire pour lesquels aucun titre d'action sous forme de papier-valeur n'a été émis ⁸⁰⁰.

S'agissant d'actions à transmissibilité restreinte, un acte de cession des droits d'actionnaire ne peut donc à lui seul en provoquer le transfert. Une condition supplémentaire doit être remplie, l'agrément de la société qu'elle donne sous forme de déclaration unilatérale exigeant réception ⁸⁰¹. L'accord de la société peut être refusé, soit que l'acquéreur ne réponde pas aux conditions fixées par les statuts, soit que ceux-ci prévoient même la possibilité de refuser le transfert du sociétariat sans indication de motifs ⁸⁰².

Dans sa jurisprudence établie par l'arrêt Håring contre Beglinger, du 11 juin 1957 ⁸⁰³, le Tribunal fédéral considère que le consentement de la société au transfert d'une action nominative liée n'a d'effet qu'à l'égard des droits sociaux de l'actionnaire, mais que la clause d'agrément ne peut empêcher le transfert des droits patrimoniaux. Cet arrêt consacre le principe d'une dissociation des droits de l'actionnaire. Il a été confirmé par l'arrêt Håring contre Wortmann, du 7 juillet 1964 ⁸⁰⁴, qui a précisé la notion des droits patrimoniaux de l'actionnaire en ce sens qu'il fallait par là comprendre ses droits de créance.

On sait que cette jurisprudence a donné lieu à de nombreuses prises de position en doctrine, certains auteurs l'approuvant, d'autres y étant opposés pour des raisons touchant parfois au droit des papiers-valeurs, parfois au droit de la société anonyme ⁸⁰⁵.

B. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur*

Dans sa critique relative à l'arrêt Håring contre Beglinger, Jäggi ⁸⁰⁶ se prononce en faveur de l'application du principe de la dissociation des droits de

⁸⁰⁰ Bûrgi, Commentaire ad art. 686 CO, note 4.

⁸⁰¹ Pestalozzi-Henggeler, p. 188; Wieland A., Basler Studien zur Rechtswissenschaft N° 18, p. 53; Carry, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 9, pp. 163 ss, notamment 177-178.

⁸⁰² Art. 686 CO. De l'avis du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, la société ne devrait pouvoir refuser son agrément que pour de justes motifs, ou pour des raisons précisées dans les statuts, cf. Rap. int., pp. 192 ss.

⁸⁰³ ATF 83 II pp. 297 ss, JT 1958 I pp. 473 ss.

⁸⁰⁴ ATF 90 II pp. 235 ss, JT 1965 I pp. 138 ss.

⁸⁰⁵ Nous nous limiterons à renvoyer à l'abondante doctrine citée par Bär dans son rapport à la Société suisse des juristes, ZSR 1966 p. 386. Les craintes des milieux économiques quant aux conséquences pouvant résulter des arrêts Håring contre Beglinger et Håring contre Wortmann ne se sont pas réalisés. Le groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes constate dans son rapport intérimaire (p. 187) que la dissociation des droits de l'actionnaire n'a pas causé de complications particulières et n'a notamment pas gêné les transactions boursières. Cela explique que le problème ait perdu de sa brûlante actualité depuis le temps où Bär a fait son rapport à la Société suisse des juristes.

⁸⁰⁶ ZSR 1958 pp. 525 ss, notamment 528.

l'actionnaire également dans le cas où la société n'a pas matérialisé ses actions dans des papiers-valeurs. Il estime que la solution ne peut être différente suivant que le sociétariat est incorporé dans un tel titre ou non.

A. Wieland est du même avis. La société qui n'a pas émis de titres d'action ne peut empêcher la cession des droits de créance, dissociables de l'action ⁸⁰⁷. Il existe une seule possibilité d'empêcher le transfert de tout droit découlant de la qualité d'actionnaire, l'adoption d'une clause statutaire d'intransmissibilité absolue ⁸⁰⁸ assortie de la non-émission de papiers-valeurs ⁸⁰⁹. Von Steiger ⁸¹⁰ partage aussi cette opinion. Pour Wettstein ⁸¹¹, l'acquéreur d'une action nominative liée non incorporée dans un titre d'action, auquel la société aurait refusé son agrément, ne peut exercer aucun droit découlant de la qualité d'actionnaire, qu'il s'agisse de ses droits patrimoniaux ou sociaux. Selon le professeur Bär, la dissociation des droits de l'actionnaire est exclusivement un problème du droit de la société anonyme, le droit des papiers-valeurs ne l'exigeant pas impérieusement ⁸¹². Pour Pfenninger ⁸¹³, le législateur aurait pu éviter la possibilité d'une dissociation s'il avait interdit l'incorporation de l'action nominative liée dans un papier-valeur.

Nous savons que le titre d'action sous forme de papier-valeur a, entre autres, pour fonction de favoriser la négociabilité des droits de l'actionnaire. Il nous paraît dès lors normal et même nécessaire, aussi longtemps que de tels droits existent et circulent dans le public qui doit pouvoir s'y fier, de tenir compte de cette situation comme le Tribunal fédéral l'a fait. Il admet la possibilité d'une dissociation des droits de l'actionnaire, dans l'arrêt Häring contre Beglinger, essentiellement pour des motifs touchant au droit des papiers-valeurs ⁸¹⁴. Si l'on n'admettait pas cette dissociation, l'essence même du papier-valeur, l'incorporation de droits dans un titre serait compromise dans le cas de l'action nominative liée. Il y aurait des titres dont la possession ne signifierait plus rien, suivant que l'acquéreur a obtenu l'agrément de la société ou non. Cela est inconcevable.

Si le but de la clause d'agrément ne doit pas être compromis, seuls les droits patrimoniaux ou plus précisément les droits de créance de l'actionnaire sont

⁸⁰⁷ Wieland A., *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, n° 18, p. 54.

⁸⁰⁸ Art. 627 chif. 8 CO.

⁸⁰⁹ Wieland A., *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, n° 18, p. 55. On peut se demander si, en pareil cas, la confection d'un papier-valeur serait encore possible. Négativement, Beeler, p. 210. Si l'on voit dans la négociabilité du droit incorporé dans le titre un élément de la définition du papier-valeur, Beeler a raison. Le législateur ne semble cependant pas exclure l'existence de papiers-valeurs intransmissibles, ce qu'on peut déduire de l'art. 969 CO.

⁸¹⁰ Von Steiger, *Société anonyme*, p. 174.

⁸¹¹ Wettstein, p. 85.

⁸¹² Bär, *Rapport ZSR* 1966 pp. 342 ss, notamment 369.

⁸¹³ Pfenninger, *SAG* 1965 pp. 233 ss, notamment 236.

⁸¹⁴ Arrêt précité, ATF 83 II pp. 297 ss, JT 1958 I pp. 473 ss, notamment 478 et 480.

incorporés dans l'action nominative liée ⁸¹⁵, d'où l'opinion du Tribunal fédéral selon laquelle ils sont transférables sans l'agrément de la société, moyennant la remise du titre.

La situation est différente dans le cas où la société n'a pas émis de titres. Aucune considération tirée du droit des papiers-valeurs ne peut alors justifier une dissociation des droits d'actionnaire, dont l'acheteur n'est pas agréé par la société. Elle n'a sa raison d'être que lorsqu'on est en présence de titres sous forme de papier-valeur.

Critiquant la position du législateur, Flattet ⁸¹⁶ remarque justement qu'une dissociation des droits de l'actionnaire aurait pu être évitée si l'on avait retiré aux titres des actions nominatives liées le caractère de papiers-valeurs. Avec pertinence, Kraft constate que la dissociation est inhérente à la qualité de papier-valeur, c'est-à-dire d'un document dont la possession présente une certaine valeur ⁸¹⁷, alors même que son transfert est restreint.

Refuser la dissociation des droits d'actionnaire lorsque ceux-ci ne sont pas incorporés dans un titre permet de ne pas porter atteinte à l'indivisibilité du sociétariat, principe fondamental qu'il convient de maintenir chaque fois que cela est possible ⁸¹⁸. Les conséquences de cette opinion ne paraissent pas intolérables pour les parties. Du fait qu'aucun titre n'a été émis, le cessionnaire doit, davantage qu'un autre actionnaire, compter avec la possibilité de restrictions de transfert. S'il ne peut acquérir un droit quelconque découlant du sociétariat, du fait qu'il n'est pas agréé par la société, il convient de ne pas oublier qu'il peut aisément échapper à la rigueur de la clause d'agrément en chargeant l'aliénateur des droits d'actionnaire d'obtenir de la société la délivrance d'un titre d'action. L'administration de la société ne pourra en principe se soustraire à cette obligation que dans le cas où les statuts excluent l'incorporation de la qualité d'actionnaire dans un papier-valeur ⁸¹⁹. Dans ce cas, il est vrai, le cessionnaire ne pourra acquérir un droit quelconque vis-à-vis de la société.

En raison de son importance, une mention de la clause d'agrément doit figurer dans la déclaration de cession. Il se peut néanmoins que l'acte de cession n'en fasse pas état, pas plus qu'un titre de preuve que l'aliénateur des droits a remis au cessionnaire et qui a peut-être déterminé celui-ci à l'opération. La bonne foi du cessionnaire ne doit-elle pas être protégée? En vertu des règles régissant la cession applicables au transfert de droits d'actionnaire non incorporés dans un titre, il en serait ainsi ⁸²⁰. Toutefois, la protection de la bonne

⁸¹⁵ Ribi, p. 276.

⁸¹⁶ Mélanges François Guisan, p. 158.

⁸¹⁷ Kraft, p. 216.

⁸¹⁸ L'ancien Code des obligations avait expressément consacré ce principe à l'art. 614 al. 1 CO. Le législateur de 1937 ne l'a pas repris parce qu'il le jugeait superflu; il ne reste pas moins valable aujourd'hui.

⁸¹⁹ Cf. *supra*, pp. 70 ss.

⁸²⁰ Art. 164 al. 2 CO.

foi du cessionnaire s'oppose à la nécessité pour la société de faire respecter ses statuts que l'acquéreur est censé connaître. Pas plus qu'un actionnaire disposant d'un titre à ordre, le simple cessionnaire des droits d'actionnaire ne peut prétendre à une protection de sa bonne foi.

Plus délicate est la question de savoir si le cessionnaire non agréé peut transférer à son tour son sociétariat à une autre personne qui, elle, pourra peut-être obtenir l'agrément de la société. A notre avis, un tel transfert est impossible du fait que le cessionnaire n'est jamais devenu actionnaire de la société, pas même titulaire de droits de créance. Etant donné que la qualité d'actionnaire n'est pas incorporée dans un titre à ordre, la société a la faculté d'opposer au cessionnaire ultérieur toutes les exceptions personnelles qu'elle avait à l'égard du cédant, donc également celle qu'il n'est jamais devenu actionnaire de la société et que, partant, son successeur n'a pas pu valablement acquérir cette qualité. L'acquéreur d'une action nominative liée non incorporée dans un titre à ordre aura donc intérêt à s'assurer que l'aliénateur avait obtenu l'agrément de la société.

Le cessionnaire de droits d'actionnaire soumis à des restrictions de transfert peut obtenir son inscription au registre des actions sur la base d'une déclaration de cession, s'il remplit les conditions fixées dans la clause d'agrément. L'inscription au registre des actions n'a pas plus d'effet constitutif pour lui qu'une inscription obtenue par un actionnaire sans action nominative simple. Le transfert de la qualité d'actionnaire s'opère au moment où l'agrément de la société a été expédié à l'acquéreur du sociétariat. Le transfert de la qualité d'actionnaire dépendra ainsi de la réalisation de cette condition suspensive. L'agrément de la société peut être donné par acte concluant, telle l'inscription au registre des actions, ou l'invitation que la société adresse au nouvel actionnaire pour participer à une assemblée générale.

Les restrictions apportées par l'art. 686 al. 4 CO à la possibilité de limiter le transfert d'actions nominatives s'appliquent bien sûr aussi au sociétariat qui n'est pas incorporé dans un titre d'action. Celui qui hérite d'un actionnaire inscrit au registre des actions, mais dépourvu de titre, acquiert ses droits dès la mort du *de cujus* et doit être admis à l'exercice des droits d'actionnaire sur simple présentation de son certificat d'héritier, à moins que d'autres actionnaires ne se déclarent disposés à reprendre les actions à leur valeur réelle⁸²¹; une reprise au cours de la Bourse est évidemment exclue du fait que celle-ci ne peut avoir pour objet que le commerce de papiers-valeurs.

2. *Le certificat intérimaire*

Selon le Tribunal fédéral, l'action nominative liée est, de par sa nature, un titre à ordre⁸²². Il faut donc admettre, en l'absence d'une disposition légale

⁸²¹ Sur cette notion, cf. Secrétan, *Etudes de Droit commercial en l'honneur de Paul Carry*, pp. 117 ss.

⁸²² Arrêt Häring contre Beglinger, du 11 juin 1957, ATF 83 II pp. 297 ss, JT 1958 I pp. 473 ss, notamment 479.

contraire, qu'un certificat intérimaire délivré pour une action nominative liée ne sera pas autre chose qu'un titre de même nature, étant entendu que les statuts de la société peuvent prévoir un autre mode d'incorporation⁸²³. L'actionnaire qui dispose d'un certificat intérimaire, en lieu et place d'une action nominative liée, rencontre ainsi les mêmes problèmes pour le transfert de ses droits que le titulaire d'un titre d'action définitif. Le certificat étant un papier-valeur, sa remise à l'acquéreur des droits d'actionnaire est indispensable.

Si la société refuse son agrément au transfert du sociétariat, le propriétaire du certificat deviendra au moins titulaire des droits de créance, mais les droits sociaux resteront à l'aliénateur du certificat inscrit au registre des actions. Comme nous admettons que la dissociation des droits d'actionnaire est une conséquence de leur incorporation dans un papier-valeur, la constatation est valable pour le certificat qui est un titre à ordre ou un titre nominatif.

3. *Le certificat d'actions*

Le certificat d'actions indivisible n'empêchera pas une dissociation des droits de son propriétaire, lorsque celui-ci n'est pas agréé par la société. A notre avis, cette dissociation se produit en raison de l'existence d'un papier-valeur. Les statuts ne peuvent étendre au cours de la vie sociale la clause d'agrément aux droits de créance pour garantir l'indivisibilité du sociétariat, pareille extension de celle-ci ayant été jugée inadmissible⁸²⁴.

C. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre nul*

L'actionnaire pourra transférer ses droits de la même manière que s'il n'y avait pas eu émission de titre. L'acquéreur des droits sera toutefois bien avisé d'exiger la remise du titre nul, et cela pour deux raisons. D'une part, il doit exclure le risque que la société lui objecte qu'il n'a en réalité pas acquis la qualité d'actionnaire, non parce que son acquisition ne répondrait pas aux exigences statutaires, mais parce qu'il n'est pas en possession du titre valable en tant que papier-valeur, malgré une apparence trompeuse.

D'autre part, un tiers de bonne foi pourrait élever la même objection. Bien que n'étant pas actionnaire de la société parce qu'il n'est pas agréé par elle, il pourrait néanmoins obtenir le paiement d'un dividende décidé par l'assemblée générale, s'il apparaît que le titre est valable en tant que papier-valeur et que son

⁸²³ Comme l'action nominative peut être munie de la clause « non à ordre », pareille faculté existe également pour l'action nominative liée et, partant, pour le certificat intérimaire qui remplace temporairement le titre définitif, Reichwein, NZZ n° 2355, du 9 juillet 1960, préconise cette solution pour empêcher qu'une dissociation des droits d'actionnaire ne se produise.

⁸²⁴ Tribunal de commerce de Zurich, du 18 janvier 1968, SAG 1969 pp. 58 ss.

détenteur est au bénéfice d'un endossement. C'est une conséquence du fait que les droits de créance restent toujours incorporés dans le titre, quelle que soit l'attitude adoptée par la société à l'égard de l'acquéreur des droits ⁸²⁵.

2. *Le titre non disponible*

Il est exclu que l'actionnaire transfère son sociétariat, car pour ce faire, il devrait endosser le titre qui n'est précisément pas disponible. Peu importe dans ces conditions que l'absence de titre soit uniquement due à une indisponibilité momentanée, ou à la perte de possession de celui-ci. L'agrément de la société au transfert ne pourra pas remplacer le transfert de possession du titre, dès l'instant où l'on admet que même l'action nominative liée est un papier-valeur.

3. *Le titre perdu ou volé, et annulé*

L'actionnaire jouit des mêmes avantages et subit les mêmes inconvénients que l'actionnaire qui ne possède pas de papier-valeur. La société devra accepter le transfert à la double condition qu'une déclaration de cession et éventuellement de reprise de dette lui soit présentée, et qu'il soit établi que le nouvel acquéreur des droits répond aux exigences statutaires pour leur transfert. L'actionnaire n'aura pas besoin de se préoccuper du titre annulé; un tiers de bonne foi ne pourra déduire aucun droit de sa possession, alors même qu'il aurait ignoré le jugement d'annulation.

Lorsque, en revanche, l'actionnaire ne peut obtenir un titre de remplacement, faute d'avoir pu l'individualiser, il sentira toute la rigueur de la clause d'agrément. En cas de refus de la société d'agréer le transfert, le cessionnaire ne pourra acquérir aucun des droits de l'actionnaire.

* * *

VI. LA CESSION DITE DE LÉGITIMATION

Cette pratique a pour but de transférer des actions à seule fin de permettre à une personne d'exercer des droits d'actionnaire, en règle générale le droit de vote à l'assemblée générale.

Ces transferts d'un genre particulier sont en principe admis ⁸²⁶. Ils deviennent cependant illicites lorsqu'ils ont pour but d'éluder une restriction apportée par la loi ou les statuts au droit de voter à l'assemblée générale ⁸²⁷.

⁸²⁵ Arrêt Häring contre Wortmann, du 7 juillet 1964, ATF 90 II pp. 235 ss, JT 1965 I pp. 138 ss.

⁸²⁶ S et Consorts contre Société anonyme X, du 19 mars 1946, ATF 72 II pp. 275 ss, JT 1947 I pp. 167 ss, cf. Henseler, pp. 42 ss.

⁸²⁷ Art. 691 al. 1 CO.

Lorsque les droits de l'actionnaire sont incorporés dans un titre au porteur, dont la seule possession légitime le détenteur à l'exercice du droit de vote, il est la plupart du temps difficile ⁸²⁸, voire impossible, d'apporter la preuve qu'une cession dite de légitimation est en réalité destinée à atteindre un but illicite, par exemple un vote de décharge ⁸²⁹, ou l'exercice du droit de vote afférent à des actions en possession de la société.

En revanche, lorsque le titre d'action sous forme d'un papier-valeur fait défaut, le transfert du sociétariat ne peut avoir lieu par la simple tradition d'un document. D'ailleurs, l'anonymat de l'actionnaire n'existe plus. La société connaît le souscripteur de l'action et chaque transfert doit, en application de l'art. 167 CO, lui être notifié pour déployer un effet à son égard. Elle est ainsi en mesure de suivre le cheminement des actions, ce qui évitera des cessions dites de légitimation clandestine. Une opération illicite peut être déjouée.

⁸²⁸ Cela n'a d'ailleurs pas échappé au législateur, cf. Message du Conseil fédéral, p. 46.

⁸²⁹ Art. 695 CO.

CHAPITRE VIII

La constitution des droits réels restreints

Nous allons examiner successivement les deux droits réels restreints qui peuvent être constitués sur des actions, à savoir le gage et l'usufruit.

Les actions d'une société anonyme sont, du fait de leur valeur patrimoniale propre à procurer du crédit, des objets de prédilection pour une mise en gage ⁸³⁰. En règle générale, l'actionnaire demandera l'émission du titre, sa remise étant exigée par le créancier gagiste en raison des avantages qu'il lui confère. Contraint de constituer un gage, il exigera de la société l'émission du titre destiné à être remis au créancier gagiste.

Un problème se posera surtout lorsque les statuts excluent l'émission de titres valant papier-valeur ⁸³¹, ou pour les actions que les administrateurs — ou des tiers à leur place — doivent déposer en garantie de leur gestion ⁸³². Il peut aussi se présenter lorsque le titre d'action ne peut être émis, parce que la loi ⁸³³ ou les statuts interdisent son émission faute de libération intégrale de l'action, ou lorsque l'annulation du titre perdu ou détruit n'est pas possible, faute d'avoir pu être individualisé.

Nous revenons ici aussi au problème des actions émises en surnombre par l'unique administrateur d'une société dans le but frauduleux de les utiliser plusieurs fois pour constituer des garanties pour l'octroi de crédits. Certains de ces titres étant obligatoirement nuls, leur remise à un créancier gagiste est de nul effet ⁸³⁴.

L'autre droit réel restreint, à savoir l'usufruit, naît souvent d'une manière impromptue de par la loi et par disposition de dernière volonté ⁸³⁵, moins souvent par convention. L'usufruitier d'une action non incorporée dans un titre est plus fréquent en pratique que le créancier gagiste se trouvant en pareille situation. Eu égard aux divers cas d'usufruit prévus par le droit des successions ⁸³⁶ et le droit de famille ⁸³⁷, les questions qui en découlent ne sont pas dépourvues d'intérêt pratique. L'usufruit peut alors grever les actions d'une

⁸³⁰ Oftinger, Commentaire ad art. 899 CC, note 32.

⁸³¹ Cf. *supra*, pp. 70 ss.

⁸³² Cf. *supra*, pp. 135 ss.

⁸³³ Art. 683 al. 1 CO, encore que dans ce cas l'actionnaire peut, à notre avis, au moins exiger un certificat intérimaire de la société, cf *supra*, p. 80.

⁸³⁴ Cf. *supra*, p. 56.

⁸³⁵ Cf. Stadlin, SAG 1944/45 pp. 185 ss.

⁸³⁶ Art. 460, 462, 473 CC.

⁸³⁷ Art. 201, 292 CC.

société anonyme qui n'a pas émis de papiers-valeurs ou apparaître dans d'autres situations où l'actionnaire est privé de titres.

I. LA MISE EN GAGE

A. LE PRINCIPE

Pour savoir si les droits d'actionnaire sont susceptibles d'être grevés d'un droit de gage, en dépit du fait que l'actionnaire est sans document, il convient de se souvenir des principes généraux régissant l'engagement de droits. Le législateur stipule que les créances et autres droits aliénables peuvent être constitués en gage ⁸³⁸. Les droits de l'actionnaire rentrent dans cette dernière catégorie ⁸³⁹, aussi la possibilité d'un engagement doit-il, indépendamment d'une incorporation éventuelle de ces droits dans un titre, être admise toutes les fois que ces droits peuvent être transférés ⁸⁴⁰.

Si l'on peut considérer que la doctrine est unanime sur ce point ⁸⁴¹, elle est en revanche plus nuancée quant à la nécessité de l'existence d'un titre de preuve attestant la qualité d'actionnaire.

Von Steiger ⁸⁴² pense qu'il est pratiquement impensable que les droits de l'actionnaire puissent faire l'objet d'une mise en gage sans que le constituant soit au moins en possession d'un certificat ⁸⁴³, tout en n'excluant pas la possibilité d'un engagement dans cette éventualité ⁸⁴⁴. Bürgi, pour sa part, estime opportun que l'actionnaire se fasse délivrer un document par la société, sans toutefois considérer qu'il est absolument indispensable pour une mise en gage de ses droits ⁸⁴⁵. Sautaux ⁸⁴⁶ et Oftinger ⁸⁴⁷ sont d'avis que la confection d'un titre sous une forme quelconque n'est pas indispensable. Nous pensons qu'ils ont raison. Le transfert des droits d'actionnaire étant possible alors que l'actionnaire ne détient aucun document de quelque nature qu'il soit, il peut difficilement en aller différemment lorsqu'ils doivent être mis en gage.

L'absence d'émission de papiers-valeurs ne met pas en cause le principe d'un engagement des droits d'actionnaire, mais affectera en revanche la forme que cet engagement devra revêtir. Cette constatation s'applique à toutes les

⁸³⁸ Art. 899 al. 1 CC.

⁸³⁹ Sous réserve bien entendu de clauses d'agrément statutaires.

⁸⁴⁰ Selon Forrer, p. 339, ceci n'est point une conséquence de la possibilité de transférer le sociétariat, mais dépend exclusivement de l'existence de droits patrimoniaux en principe cessibles.

⁸⁴¹ Bürgi, Commentaire Rem. pré., ad art. 683-687 CO, note 38; von Steiger, Société anonyme, p. 158; Sautaux, p. 42; Forrer, p. 341.

⁸⁴² Von Steiger, Société anonyme, p. 27.

⁸⁴³ Il utilise le terme comme synonyme de moyen de preuve du sociétariat.

⁸⁴⁴ Von Steiger, Société anonyme, p. 158.

⁸⁴⁵ Bürgi Commentaire Rem. pré., ad art. 683-687, note 38

⁸⁴⁶ Sautaux, p. 54.

⁸⁴⁷ Oftinger, Commentaire ad art. 900 CC, note 97.

situations où nous considérons que l'actionnaire est sans titre, hormis celle où, après l'émission du titre, l'actionnaire en a perdu la possession. Il ne lui sera pas possible, dans ce cas, de mettre ses droits en gage⁸⁴⁸.

Les droits patrimoniaux de l'actionnaire feront l'objet de la constitution du gage à l'exclusion de toute prérogative sociale⁸⁴⁹. Il est indifférent que ces actions soient entièrement libérées ou non, dès l'instant où on admettra leur libre transmissibilité, sous réserve des restrictions statutaires.

B. LA FORME DE L'ENGAGEMENT

1. *La société n'a pas émis de titres*

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

Lorsque l'actionnaire est sans document, l'engagement n'a plus pour objet une chose mobilière, le titre. Il concerne des biens immatériels, à savoir les différents droits de l'actionnaire qui ont une valeur économique.

Le législateur exige la forme écrite pour l'engagement des créances qui ne sont pas constatées par un titre⁸⁵⁰. L'engagement des autres droits s'opère également par écrit, en observant les formes établies pour leur transfert⁸⁵¹. Le législateur distingue ainsi deux catégories de droits.

La doctrine⁸⁵² considère à juste titre que les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur tombent dans la catégorie des « autres droits ». Pour ceux-ci, la loi stipule que pour grever ces droits d'un droit de gage, il conviendra de respecter simultanément la forme écrite et celle qui s'applique au transfert de ces droits⁸⁵³. En d'autres termes, il est nécessaire que l'engagement, pour satisfaire à cette dernière exigence, se fasse en la forme de la cession de créance. La conclusion d'un contrat de gage écrit est nécessaire pour engager les droits d'actionnaire qui n'ont pas été incorporés dans un titre⁸⁵⁴. Comme le contrat de gage doit déjà revêtir la forme écrite, pour être valable, aucune exigence de forme supplémentaire ne s'impose⁸⁵⁵.

La situation de l'actionnaire qui ne dispose que d'une quittance de libération de l'action ou d'un titre de preuve est comparable à celle dans laquelle il se trouve lorsqu'il ne dispose d'aucun document attestant sa qualité. La conclusion d'un contrat de gage écrit est indispensable.

⁸⁴⁸ Jäggi, Commentaire ad art. 967 CO, note 83.

⁸⁴⁹ Bürgi, Commentaire Rem. prélim., ad art. 683-687 CO, note 38; Oftinger, Commentaire ad art. 899 CC, note 32; Glettig, p. 133; Sautaux, p. 42.

⁸⁵⁰ Art. 900 al. 1 CC.

⁸⁵¹ Art. 900 al. 3 CC.

⁸⁵² Schucany, Commentaire ad art. 684 CO, note 4; Oftinger, Commentaire ad art. 899 CC, note 39, ad art. 900 CC, note 97; Glettig, p. 138.

⁸⁵³ Le droit allemand prévoit une solution semblable, cf. par. 1274 BGB.

⁸⁵⁴ Jäggi, Commentaire ad art. 967 CO, note 30.

⁸⁵⁵ Forrer, p. 346.

Le créancier gagiste ne peut exiger la remise de la quittance de libération. Ce document établit l'extinction totale ou partielle de l'obligation pécuniaire de l'actionnaire. Elle n'incombe en tout état de cause pas au créancier gagiste qui, bien que titulaire d'un droit réel restreint sur l'action, n'est pas pour autant devenu actionnaire. C'est ce dernier, et non le créancier gagiste, qui devra le cas échéant établir que l'action a été libérée. Le créancier gagiste tirant ses droits du contrat de gage, on ne voit pas la nécessité pour lui de posséder la quittance de libération de l'action. Pour l'actionnaire, il peut même être inopportun de s'en dessaisir puisqu'elle permettra, le cas échéant, de s'opposer à une réclamation abusive tendant à obtenir une libération complémentaire de l'action.

Peut-on faire le même raisonnement à propos d'un titre de preuve que l'actionnaire posséderait et auquel il a un droit acquis absolu ? ⁸⁵⁶ De l'avis de Sautaux et d'Oftinger, un titre de preuve des droits d'actionnaire doit être remis au créancier gagiste en application de l'art. 900 al. 1 CC *in fine* ⁸⁵⁷. Forrer estime que le constituant du gage doit remettre à son créancier un éventuel titre de preuve ⁸⁵⁸ afin de prévenir des abus. Pour Wieland, une pareille obligation n'existe pas ⁸⁵⁹, en raison du fait que le transfert des droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur est possible sans qu'il soit nécessaire de respecter une forme particulière ⁸⁶⁰.

L'application de l'art. 900 al. 1 CC *in fine* à l'engagement des autres droits visés à l'art. 900 al. 3 CC revient à effacer — à tort pensons-nous ⁸⁶¹ — la distinction que le législateur a voulu établir entre les droits de créance et les autres droits.

Parmi ces derniers figurent les droits d'actionnaire qui ne se matérialisent pas dans un papier-valeur. De tels droits peuvent être transférés — avons-nous vu — suivant les dispositions régissant la cession de créance ⁸⁶². Aux termes de la loi ⁸⁶³, les règles régissant le transfert en propriété des droits sont applicables à leur engagement et, parmi ces règles, la disposition qui enjoint au cédant de remettre au cessionnaire tous les moyens de preuve lui permettant de faire valoir ses droits ⁸⁶⁴. C'est en vertu de cette disposition légale que le créancier gagiste peut réclamer le titre de preuve, et non point en vertu des dispositions régissant l'engagement de droits de créance ⁸⁶⁵.

⁸⁵⁶ *Supra*, pp. 70 ss.

⁸⁵⁷ Sautaux, p. 54; Oftinger, Commentaire ad art. 900 CC, note 97.

⁸⁵⁸ Forrer, p. 346.

⁸⁵⁹ SAG 1948/49, pp. 141 ss, notamment 154.

⁸⁶⁰ *Supra*, pp. 182-183 ss.

⁸⁶¹ Oftinger, Commentaire ad art. 900 CC, note 33, croit pouvoir écarter cette objection en invoquant le fait que la distinction du législateur n'est pas très nette, la note marginale de l'art. 900 CC couvrant à la fois les deux catégories de droits.

⁸⁶² *Supra*, pp. 144 ss.

⁸⁶³ Art. 900 al. 3 *in fine*.

⁸⁶⁴ Art. 170 al. 2 CO.

⁸⁶⁵ Art. 900 al. 1 CC.

Cela a son importance pour les effets résultant de l'inexécution de cette obligation, qui n'affectera pas la validité de l'engagement. Le créancier gagiste n'en subit en effet aucun inconvénient, d'autant qu'il dispose d'autres moyens pour établir sa qualité, notamment du contrat de gage lui-même qui doit, sous peine d'invalidité, observer la forme écrite.

La création d'un titre de preuve de la qualité d'actionnaire postérieurement à la mise en gage ne pourra ni invalider celle-ci ni en suspendre les effets. Il en irait autrement d'un titre incorporant la qualité d'actionnaire: aussi longtemps que celui-ci se trouve entre les mains du constituant, les effets du gage seront suspendus ⁸⁶⁶.

b) Le certificat intérimaire

Nous considérons qu'un certificat intérimaire que possède l'actionnaire pour une action non intégralement libérée est un papier-valeur ⁸⁶⁷. Pour la mise en gage des droits qu'il incorpore, la possession du certificat est nécessaire, puisque la tradition au créancier gagiste est indispensable ⁸⁶⁸, quoique pas suffisante. Pour un certificat intérimaire représentant une action au porteur non intégralement libérée, une déclaration de cession des droits est obligatoire; pour un certificat intérimaire délivré pour une action nominative non intégralement libérée, un endossement, ou le cas échéant une déclaration de cession, est nécessaire. Cette dernière est obligatoire si le certificat porte la mention « non à ordre ».

Rien n'interdit cependant que les parties recourent ici également au contrat de gage écrit ⁸⁶⁹. En observant cette forme, elles peuvent se passer d'une déclaration de cession ou d'un endossement, mais le certificat devra néanmoins être remis au créancier gagiste. Ce procédé a l'avantage de ne pas laisser de traces de l'engagement sur le certificat.

c) Le certificat d'actions

L'actionnaire peut posséder un certificat d'actions qui se révélera à l'examen ne pas être un véritable papier-valeur. Un contrat de gage écrit sera alors le seul moyen d'engager les droits d'actionnaire. Dans cette éventualité, l'engagement peut porter sur la totalité ou seulement sur une fraction des droits d'actionnaire attestés par le certificat.

En revanche, le certificat d'actions valant papier-valeur suit les règles applicables à l'engagement d'un titre individuel. Un tel certificat — s'il est indivisible — mettra l'actionnaire devant le choix de grever la totalité de ses

⁸⁶⁶ Oftinger, Commentaire ad art. 900, note 97.

⁸⁶⁷ *Supra*, pp. 47 ss.

⁸⁶⁸ Art. 967 al. 1 CO, 901 al. 2 CC.

⁸⁶⁹ Art. 900 al. 3 CC; Oftinger, Commentaire ad art. 901 CC, note 2.

droits, ou d'y renoncer. Si cela a moins d'importance, lorsqu'il s'agit de constituer une simple garantie pour le créancier, l'inconvénient de ce genre de certificat apparaîtra lorsque de tels droits devront être réalisés. Le certificat ne pourra être vendu qu'en bloc ⁸⁷⁰.

2. *La société a émis des titres*

a) *Le titre nul*

L'actionnaire débiteur et le créancier gagiste doivent conclure un contrat de gage écrit, du fait que les droits de l'actionnaire ne sont pas valablement incorporés dans un papier-valeur. Le créancier gagiste peut néanmoins exiger la remise du titre d'action nul, aux fins d'un éventuel usage comme moyen de preuve que les droits ont été mis en gage par une personne ayant la qualité d'actionnaire ⁸⁷¹.

Ce faisant le créancier gagiste peut aussi parer au risque que le droit de gage soit invalidé, faute de possession du titre qui ne serait nul qu'en apparence, ou en raison de l'émission ultérieure d'un titre valable. En effet, avant de remettre celui-ci à l'actionnaire, la société exigera, en règle générale, la restitution de l'ancien titre dont la nullité ne paraît pas certaine. Elle ne remettra le nouveau titre au créancier gagiste que pour autant que celui-ci soit en mesure de lui restituer le titre dont le caractère de papier-valeur est ambigu. Peu importe de savoir si la constitution du gage aura été notifiée à la société. Celle-ci ne peut créer le risque d'une émission d'actions en surnombre.

b) *Le titre non disponible*

Lorsque le titre est régulièrement émis, l'actionnaire ne peut se dispenser de respecter une exigence rigoureuse du législateur, la remise effective du titre entre les mains du créancier gagiste ⁸⁷². Or, faute de posséder ce titre, l'actionnaire ne peut le mettre en gage.

c) *Le titre perdu ou volé, et annulé*

L'actionnaire peut demander à la société de lui délivrer un nouveau titre et de le remettre au créancier gagiste ⁸⁷³ muni, lorsque cela est nécessaire, d'un endossement ou d'une cession ⁸⁷⁴.

⁸⁷⁰ *Infra*, p. 247.

⁸⁷¹ Art. 170 al. 2 CO.

⁸⁷² Art. 884 al. 3 CC.

⁸⁷³ Art. 901 al. 1 CC, 967 al. 1 CO.

⁸⁷⁴ Art. 901 al. 2 CC, 967 al. 2 CO. On peut être en présence d'un endossement en pleine propriété ou d'un simple endossement pignoratif au sens de l'art. 1009 CO.

L'actionnaire peut aussi conclure un contrat de gage écrit, nécessaire et suffisant aussi longtemps que ses droits ne sont pas à nouveau incorporés dans un titre. Un éventuel titre de remplacement qui serait émis par la société antérieurement ou postérieurement à la conclusion du contrat de gage devrait être remis au créancier gagiste sous peine d'invalider la mise en gage des droits d'actionnaire ⁸⁷⁵. La tradition du titre peut intervenir simultanément ou postérieurement à la conclusion du contrat de gage ⁸⁷⁶.

La forme du contrat de gage écrit sera obligatoire pour l'actionnaire lorsqu'il a pu établir avec certitude que son titre a été détruit, mais n'a pu en obtenir l'annulation, faute d'avoir été en mesure d'individualiser le titre dont il a été privé ⁸⁷⁷.

C. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION AU PORTEUR

1. *La société n'a pas émis de titres*

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

Le contrat de gage tient simultanément lieu d'acte causal et d'acte de disposition ⁸⁷⁸. L'engagement des droits est parfait dès la signature du contrat par le créancier gagiste et le débiteur ⁸⁷⁹.

Il doit contenir l'indication exacte des droits mis en gage et de la créance dont le gage doit garantir le paiement. Aucune ambiguïté ne doit exister quant à la volonté des parties d'opérer un transfert à titre de gage et non point en pleine propriété. Le contrat de gage ne sera pas valable si le constituant n'avait pas qualité pour disposer des droits d'actionnaire. Contrairement à la situation où un titre incorporant la qualité d'actionnaire lui est remis, la bonne foi du créancier gagiste sera inopérante.

Pour ce qui est des rapports entre la société et les parties au contrat de gage, on notera que celle-ci devra se borner à prendre acte de l'engagement. Le créancier gagiste et le constituant du gage ne sont d'ailleurs pas tenus de l'aviser ⁸⁸⁰, et pour des raisons de discrétion, il arrivera souvent qu'un tel avis ne soit pas donné. Le créancier gagiste court alors le risque qu'un dividende, voire des actions gratuites ⁸⁸¹ qui éventuellement devraient faire partie de son

⁸⁷⁵ Art. 888 al. 2 CO.

⁸⁷⁶ Arrêt Bosshard-Kündig contre Hallheimer, du 6 décembre 1935, ATF 61 II pp. 330 ss, JT 1936 I pp. 105 ss, notamment 107.

⁸⁷⁷ Arrêt Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1938 I pp. 280 ss.

⁸⁷⁸ Oftinger, Commentaire ad art. 900 CC, note 13.

⁸⁷⁹ Art. 13 al. 1 CO.

⁸⁸⁰ Art. 900 al. 2 CC, l'utilité de cette disposition a été critiquée dans la doctrine, cf. von Thur-Escher, p. 377, note 48.

⁸⁸¹ Cf. Sautaux, p. 69.

gage ⁸⁸² soient payées ou attribuées à l'actionnaire, parce que la société ignore l'engagement. Le créancier gagiste ne court pas le même risque lorsque les droits sont incorporés dans un titre, car pour encaisser le dividende ou obtenir l'attribution d'actions gratuites, la justification de la possession du titre est nécessaire.

Forrer ⁸⁸³ se prononce en faveur de la nécessité d'une notification de l'engagement à la société, du fait qu'elle aboutit à ôter au constituant du gage la légitimation à l'exercice des droits patrimoniaux. Cette opinion judicieuse en soi est difficilement compatible avec l'attitude du législateur qui prévoit que le créancier ou le constituant du gage peuvent donner avis de l'engagement au tiers débiteur, sans toutefois y être obligés ⁸⁸⁴.

La société, pour sa part, n'assume pas l'obligation d'examiner la validité du contrat de gage, puisqu'il ne touche pas aux droits sociaux. Il est pour elle une *res inter alios acta*. Avisée du gage, la société ne pourra s'acquitter entre les mains de l'actionnaire ou du créancier gagiste qu'avec le consentement de l'autre intéressé ⁸⁸⁵. A défaut de ce consentement, la société devra consigner ⁸⁸⁶.

Les parties peuvent limiter l'engagement à un seul droit patrimonial, tel le droit au dividende d'un exercice concerné ou au contraire englober tous les droits patrimoniaux de l'actionnaire. Par une stipulation expresse dans le contrat de gage, elles peuvent étendre ou restreindre le gage par rapport à la solution adoptée par le législateur ⁸⁸⁷, qui est de droit dispositif ⁸⁸⁸. Leurs droits respectifs étant fixés dans le contrat, il est impossible que le créancier gagiste outre passe ses droits en se faisant passer pour le titulaire du sociétariat. Il ne peut donc exercer le droit de vote, dès l'instant où il est évident qu'il n'est ni actionnaire ni usufruitier ⁸⁸⁹.

Il appartient à l'actionnaire d'exercer le droit de vote afférent à une action mise en gage ⁸⁹⁰. Cette règle n'a toutefois pas de caractère impératif ⁸⁹¹. Par une mention dans le contrat de gage, l'exercice du droit de vote peut être abandonné au créancier gagiste. Il se légitimera à cet effet à l'égard de la société, en règle générale par la production du contrat signé avec le constituant du gage.

⁸⁸² Art. 904 CC.

⁸⁸³ Forrer, p. 347.

⁸⁸⁴ Oftinger, Commentaire ad art. 900 CC, note 65, fait à juste titre remarquer que le créancier gagiste a un intérêt primordial à cette notification, intérêt qui n'existe pas lorsque les droits d'actionnaire sont incorporés dans un papier-valeur.

⁸⁸⁵ Art. 906 al. 2 CC.

⁸⁸⁶ Art. 906 al. 3 CC.

⁸⁸⁷ Art. 904 CC.

⁸⁸⁸ Sautaux, p. 67.

⁸⁸⁹ Art. 690 al. 2 CO.

⁸⁹⁰ Art. 905 CC, 689 al. 5 CO.

⁸⁹¹ Lehmann, Commentaire ad art. 905 CC, note 1; von Steiger, Société anonyme, p. 157.

L'actionnaire conserve la faculté de constituer sur ses droits un engagement subséquent ⁸⁹². Toutefois, le créancier gagiste subséquent ne peut se mettre au bénéfice de sa bonne foi ⁸⁹³ lorsque l'actionnaire lui a tû le premier engagement. Il en sera de même pour le créancier gagiste qui aurait reçu en gage les droits d'actionnaire d'un créancier gagiste antérieur ⁸⁹⁴ sans le consentement de l'actionnaire. Il ne peut lui non plus invoquer sa bonne foi ⁸⁹⁵. C'est une conséquence directe de l'absence d'incorporation des droits d'actionnaire dans un titre au porteur, où cette incorporation a précisément pour effet de protéger la bonne foi de l'acquéreur ⁸⁹⁶, du fait de son assimilation à une chose mobilière ⁸⁹⁷.

L'obligation de remettre un titre de preuve au créancier gagiste découle du respect des règles de la cession appliquées à l'engagement de droits d'actionnaire non incorporés dans des titres ⁸⁹⁸. C'est une obligation du constituant du gage ⁸⁹⁹. Elle est de droit dispositif ⁹⁰⁰. De ce fait, les parties peuvent prévoir une autre solution dans le contrat de gage, ce qui peut être avantageux pour l'actionnaire-débiteur lorsque la société a émis des titres de présentation ou de légitimation. Si tel est le cas la société peut refuser l'exercice du droit de vote ⁹⁰¹ à l'actionnaire, qui n'est pas en mesure de lui présenter le titre de preuve qu'elle lui a délivré. L'actionnaire devra ainsi requérir le concours du créancier gagiste pour l'exercice de ce droit.

En renonçant à obtenir le titre de preuve du constituant, le créancier gagiste ne court aucun risque, car pour établir ses droits, seul est déterminant le contrat de gage. La possession d'un titre de présentation ou de légitimation n'aura pour lui aucune portée si ce n'est celle d'empêcher que le constituant du gage ne se fasse indûment payer un dividende, ou la part de liquidation contre présentation du titre. Le créancier gagiste peut éviter que cela ne se produise en notifiant l'engagement à la société. Celle-ci serait alors de mauvaise foi si elle acceptait de faire ces prestations contre présentation du titre de preuve.

On peut imaginer que postérieurement à la constitution du gage, la société procède à l'émission de titres incorporant la qualité d'actionnaire. Un problème peut alors se poser. Le créancier gagiste se trouvera dans une situation délicate si l'actionnaire refuse de lui remettre le titre qu'il a reçu. La remise de ce dernier

⁸⁹² Oftinger, Commentaire ad art. 900 CC, note 58.

⁸⁹³ Art. 903 CC.

⁸⁹⁴ Art. 887 CC.

⁸⁹⁵ Oftinger, Commentaire ad art. 899, note 115.

⁸⁹⁶ Oftinger, Commentaire ad art. 899, note 109.

⁸⁹⁷ Art. 884 al. 2 CC.

⁸⁹⁸ Art. 900 al. 3 CO.

⁸⁹⁹ Art. 170 al. 2 CO.

⁹⁰⁰ Becker, Commentaire ad art. 170 CO, note 2

⁹⁰¹ Art. 905 CC.

au créancier gagiste sera indispensable, si l'engagement des droits d'actionnaire doit continuer à déployer ses effets ⁹⁰². Ceux-ci sont suspendus aussi longtemps que l'actionnaire garde exclusivement la possession du titre ⁹⁰³.

Il est sans importance à cet égard que les parties aient prévu dans le contrat de gage que le moyen de preuve de la qualité d'actionnaire resterait en possession du constituant du gage. Par l'émission d'un papier-valeur, une situation nouvelle est créée dont les effets échappent à la volonté des parties.

Lorsque la constitution du droit de gage lui aura été notifiée, la société devra remettre le titre directement entre les mains du créancier gagiste. L'actionnaire pourra récupérer le titre en utilisant, au besoin, l'action pétitoire ⁹⁰⁴. L'inexécution de l'obligation de la société de remettre le titre ne pourra être sanctionnée autrement que par une action en paiement de dommages-intérêts, si le créancier gagiste ne peut le récupérer. L'émission d'un second titre est impensable, car elle serait propre à entraîner une émission d'actions en surnombre. Il se peut aussi que la constitution du droit de gage n'ait pas été notifiée à la société, auquel cas celle-ci doit évidemment remettre le titre à l'actionnaire.

Le contrat de gage confère au créancier le droit d'exiger de l'actionnaire la remise du titre durant toute la durée du contrat. N'ayant jamais eu la possession du titre, le créancier gagiste dispose ⁹⁰⁵, comme le propriétaire, de l'action pétitoire ⁹⁰⁶ pour rendre son gage opérant.

b) Le certificat intérimaire

L'actionnaire qui dispose d'un certificat intérimaire, en lieu et place d'une action au porteur non intégralement libérée, doit obligatoirement le remettre au créancier gagiste ⁹⁰⁷. Ce certificat étant, selon nous, un titre nominatif, la tradition devra être complétée par une déclaration de cession en faveur du créancier gagiste qui figurera sur le certificat lui-même ou sur un document à part ⁹⁰⁸. Bien que la loi ne parle que d'une déclaration de cession, il est possible de remplacer celle-ci par une déclaration de l'actionnaire faisant apparaître le caractère pignoratif du transfert. Le créancier gagiste possédera alors une légitimation qui correspondra très exactement à la titularité du droit réel restreint qui lui est transféré.

⁹⁰² Art. 967 al. 1 CO, 901 al. 1 CC.

⁹⁰³ Art. 884 al. 3 CC.

⁹⁰⁴ Art. 641 al. 2 CC.

⁹⁰⁵ Oftinger, Commentaire ad art. 884 CC, note 408.

⁹⁰⁶ Art. 641 al. 2 CC.

⁹⁰⁷ Art. 901 al. 1 CC.

⁹⁰⁸ Contra, Bruderer, p. 112. Dans cette dernière hypothèse, il s'agira d'une mise en gage pour laquelle les exigences de l'art. 900 CC doivent être remplies. Oftinger, Commentaire ad art. 901 CC, note 114.

Il ne pourra outrepasser les droits que lui confère son gage en exerçant des prérogatives sociales incorporées dans le certificat. Un transfert en pleine propriété est de toute façon exclu en vertu de la règle *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*⁹⁰⁹. Le créancier gagiste qui reçoit un tel certificat intérimaire pour une action au porteur non intégralement libérée n'est pas protégé dans sa bonne foi, puisqu'il s'agit d'un titre nominatif⁹¹⁰. Le gage ne sera donc valablement constitué qu'à condition que l'actionnaire ait lui-même été en droit d'en disposer.

Du fait qu'il s'agit d'un papier-valeur, aucune prestation de la société ne pourra être obtenue sans la possession du certificat. La société n'a pas à tenir compte d'une éventuelle opposition du constituant du gage, comme dans l'hypothèse où la qualité d'actionnaire n'est pas incorporée dans un titre⁹¹¹.

c) Le certificat d'actions

Comme pour le titre individuel, la tradition du certificat au créancier gagiste suffit pour le grever d'un droit de gage⁹¹². Le créancier gagiste jouit d'une très large protection de sa bonne foi, qu'il peut invoquer aussi bien lorsque le certificat mis en gage a été confié à l'actionnaire⁹¹³ que lorsqu'il est entré en sa possession⁹¹⁴ pour une autre raison. La bonne foi du créancier gagiste ne peut cependant suppléer qu'au droit de disposition manquant de l'actionnaire, mais non pas à l'absence de possession du certificat⁹¹⁵. Le créancier gagiste peut se retrancher derrière cette bonne foi pour autant qu'il ait ignoré l'absence du droit de disposer du constituant, ou qu'il n'ait pas pu le reconnaître malgré l'attention commandée par les circonstances. Dès que celles-ci font apparaître un doute, une obligation de s'assurer de l'existence réelle du droit de disposer existe⁹¹⁶.

Il n'est pas possible à l'actionnaire de limiter l'engagement à une partie des droits que le titre incorpore, à moins qu'il ne s'agisse d'un certificat divisible. Si tel est le cas, l'actionnaire peut, moyennant restitution préalable du certificat, exiger la remise de titres unitaires lui permettant de les engager séparément.

⁹⁰⁹ Contre, Jäggi, Commentaire ad art. 967, note 177; selon lui, le cessionnaire de tels droits doit être protégé dans son acquisition, à condition qu'il soit de bonne foi.

⁹¹⁰ Oftinger, Commentaire ad art. 884-894 CC, note 109.

⁹¹¹ Art. 906 al. 3 CC.

⁹¹² Art. 901 al. 1 CC.

⁹¹³ Art. 933 CC.

⁹¹⁴ Art. 935 CC.

⁹¹⁵ Arrêt Lüthi-Rose contre Schweizerische Spar- und Kreditbank et Dame Trepp, du 14 juin 1955, ATF 81 II pp. 339 ss, JT 1955 I pp. 174 ss, notamment 177.

⁹¹⁶ Arrêt Boesch et C^{ie} et Société fiduciaire et de Gestion SA contre Lipper, du 5 avril 1944, ATF 70 II pp. 103 ss, JT 1944 I pp. 437 ss, notamment 439.

2. *La société a émis des titres*

a) *Le titre nul*

Le titre nul n'incorpore pas les droits d'actionnaire; aussi leur mise en gage devra-t-elle respecter la forme du contrat de gage écrit.

Comme il n'est pas toujours aisé de déterminer quand un titre n'incorpore plus les droits d'actionnaire ⁹¹⁷, et qu'en cas de doute, il convient de conclure autant que possible à l'existence d'un papier-valeur en raison des exigences de la sécurité de transactions, il est souhaitable que le créancier gagiste exige la remise du titre lorsque sa nullité n'est pas absolument certaine. La conclusion d'un contrat de gage ne saurait en effet remplacer la possession du titre, lorsque celui-ci incorpore la qualité d'actionnaire.

Pendant la durée de l'engagement, l'actionnaire peut avoir la possibilité d'échanger le titre nul, voire seulement défectueux, contre un titre établi en bonne et due forme. Lorsque la nature de papier-valeur du titre paraît douteuse, la société fera dépendre la remise du nouveau titre de la restitution de l'ancien, d'où l'intérêt pratique du créancier gagiste à pouvoir en disposer.

Ce dernier sera en mesure d'empêcher la délivrance du nouveau titre au constituant du gage, puisque celui-ci ne pourra restituer l'ancien titre à la société. Il l'empêchera ainsi de disposer à son détriment des droits faisant l'objet du gage au profit d'un tiers de bonne foi.

b) *Le titre non disponible*

Lorsque l'actionnaire est sans papier-valeur parce qu'il en a perdu la possession, un transfert de ses droits à un titre quelconque est impossible ⁹¹⁸.

Des faits qui empêchent temporairement l'actionnaire de disposer de son titre ne produisent pas le même effet ⁹¹⁹. L'engagement des droits reste possible, et cela conformément aux principes développés à propos d'un transfert en propriété de tels droits. La tradition corporelle du titre n'est donc pas nécessaire; il suffit que le constituant du gage se serve à cet effet d'une des formes du transfert de la possession prévues par le législateur ⁹²⁰, à l'exception toutefois du constitut possessoire ⁹²¹. Le titre peut ainsi être remis à un représentant du créancier gagiste, ou à un possesseur pour autrui, dont la possession vaut pour le créancier gagiste ⁹²².

⁹¹⁷ *Supra*, pp. 51 ss.

⁹¹⁸ Art. 967 al. 1 CO.

⁹¹⁹ Art. 921 CC.

⁹²⁰ Art. 922 à 925 CC.

⁹²¹ Art. 717 CC, 884 al. 3 CC; cf. Boeckli, p. 135 et ses références de doctrine.

⁹²² SAG 1968, pp. 187 ss, notamment 189.

c) Le titre perdu ou volé, et annulé

Lorsque l'actionnaire aura pu obtenir de la société un titre de remplacement et l'aura remis au créancier gagiste, celui-ci jouira d'une très large protection de sa bonne foi, aussi étendue que celle d'un acquéreur en pleine propriété du titre. Le créancier gagiste peut se contenter d'un contrat de gage; il risque alors de voir la société prétendre que le constituant n'était pas titulaire des droits d'actionnaire et n'a, par conséquent, pas pu les grever d'un droit de gage. Il a ainsi un intérêt évident à exiger la remise d'un titre de l'actionnaire plutôt que de se contenter d'un contrat de gage.

D. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION NOMINATIVE

1. *La société n'a pas émis de titres*

Nous sommes en mesure d'abréger ici nos développements comme nous l'avons fait précédemment lors de l'examen de l'exercice⁹²³ et du transfert de ses droits⁹²⁴, étant donné les similitudes existant avec l'actionnaire sans action au porteur.

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

L'actionnaire qui n'a reçu de la société ni titre à ordre, ni titre nominatif, peut mettre en gage ses droits de la même manière que l'actionnaire dont les droits n'ont pas été incorporés dans un titre au porteur⁹²⁵. Même s'il est de bonne foi, le créancier gagiste ne sera jamais protégé dans l'acquisition de ses droits.

La remise au créancier gagiste d'un titre de preuve sous forme d'un titre de légitimation ne modifiera pas la situation, puisque l'acquéreur de bonne foi d'un tel titre ne pourra être protégé⁹²⁶. La même remarque vaut évidemment aussi pour le titre de présentation.

Les parties fixent librement le contenu du contrat de gage en dehors de toute intervention de la société. La notification de la constitution du droit de gage, quant à elle, est facultative⁹²⁷, mais hautement souhaitable, puisqu'elle indiquera à qui le titre devra être remis lors de son émission.

Le créancier gagiste ne peut être inscrit au registre des actions⁹²⁸. La loi réserve cette faculté à l'actionnaire et exclut que ce registre fasse également mention de l'existence de droits réels restreints⁹²⁹. Il n'y a pas de raison de

⁹²³ *Supra*, pp. 129 ss.

⁹²⁴ *Supra*, pp. 161 ss.

⁹²⁵ Art. 899 al. 1 CC.

⁹²⁶ Oftinger, Commentaire ad art. 884 CC, note 333.

⁹²⁷ Art. 900 al. 2 CC.

⁹²⁸ Von Steiger, Société anonyme, p. 159; Wettstein, pp. 87-88.

⁹²⁹ Arrêt Froidevaux contre Banque populaire suisse, du 4 mars 1952, ATF 78 II pp. 265 ss. notamment 276.

s'écarter de ce principe lorsque l'actionnaire est dépourvu d'un titre incorporant ses droits. La constitution du gage ressort du contrat de gage écrit, obligatoire en pareille circonstance. Dès lors, une inscription du créancier gagiste au registre des actions n'apparaît pas nécessaire ⁹³⁰. A notre avis, on ne la justifierait pas davantage en invoquant le risque qu'à défaut d'une telle inscription, l'actionnaire puisse obtenir le paiement de la part de liquidation ⁹³¹. Ce risque peut être écarté par la notification de l'engagement à la société.

Si le créancier gagiste ne peut être inscrit sur le registre des actions, peut-on concevoir que la société établisse un registre aux seules fins de mentionner les créanciers gagistes et, dans l'affirmative, quelle serait la portée d'un tel registre ?

Il n'est en tout cas pas nécessaire de l'établir pour déterminer qui est habilité à exercer les droits sociaux, en particulier le droit de vote, celui-ci n'appartenant pas, en principe, au créancier gagiste ⁹³². Reste à savoir si le seul exercice des droits patrimoniaux peut justifier l'institution. Lorsque la qualité d'actionnaire n'est pas matérialisée dans un titre, il peut être difficile de déterminer à qui revient cette qualité et plus encore qui exerce un éventuel droit de gage sur de tels droits d'actionnaire. Incontestablement, l'institution d'un registre des créanciers gagistes faciliterait à la société la recherche de ceux-ci, sans que l'inscription sur un tel registre complique leur situation de manière excessive; ils devront veiller à ce que l'engagement soit notifié à la société qu'un tel registre existe ou non, s'ils ne veulent pas prendre le risque que la substance de leur gage soit mise en péril par une société qui en ignore l'existence.

Pour cette raison, la tenue d'un registre des créanciers gagistes est peut-être souhaitable, quoique dans une mesure moindre, qu'un registre des usufruitiers ⁹³³, étant donné que les premiers ne sont pas habilités à exercer des droits sociaux, sauf stipulation spéciale.

b) Le certificat intérimaire

En tant que papier-valeur, la tradition du certificat est indispensable, mais non suffisante pour la mise en gage des droits qu'il incorpore. Selon la nature juridique du certificat intérimaire, cette tradition doit être complétée par un endossement ⁹³⁴ lorsqu'il est un titre à ordre, ou une déclaration de cession lorsqu'il s'agit d'un titre nominatif ⁹³⁵. Dans le premier cas, le créancier gagiste

⁹³⁰ Contra, Glettig, p. 145.

⁹³¹ Dans ce sens, Wieland A., Basler Studien zur Rechtswissenschaft, n° 18, p. 58.

⁹³² Art. 905 CC.

⁹³³ *Infra*, pp. 209-210.

⁹³⁴ Il peut s'agir d'un endossement en pleine propriété ou de l'endossement pignoratif de l'art. 1009 CO; lorsque les parties recourent à ce dernier mode d'endossement, la cause du transfert sera apparente, et le constituant du gage ne risque pas de se faire évincer du registre des actions par une inscription du créancier gagiste, voire d'être privé de sa qualité par un transfert en pleine propriété de ce dernier à un tiers.

⁹³⁵ Art. 967 al. 2 CO.

de bonne foi est protégé dans l'acquisition de ses droits. En revanche, il ne l'est pas, lorsque le certificat intérimaire est un titre nominatif.

Lorsque les statuts ne fixent pas la nature juridique du titre qui incorporera les actions nominatives et, partant, la nature du certificat intérimaire qui pourra le remplacer temporairement, les parties peuvent recourir à l'un ou l'autre des modes de transmission entrant en ligne de compte pour un transfert en pleine propriété. Nous pensons que l'application par analogie du même principe s'impose lorsqu'il s'agit d'un simple transfert à titre de gage⁹³⁶.

c) Le certificat d'actions

Le propriétaire d'un certificat d'actions nominatives rencontre les mêmes difficultés pour engager ses droits que le propriétaire d'un certificat d'actions au porteur. Un certificat d'actions indivisible l'empêchera de mettre en gage une partie seulement de ses actions.

Le créancier auquel aura été remis en gage un certificat d'actions nominatives sera protégé dans son acquisition, alors même qu'il aurait commis une faute légère⁹³⁷ au moment de l'acquisition de ses droits. Une telle faute détruira la bonne foi d'un créancier gagiste d'un certificat d'actions au porteur⁹³⁸.

2. *La société a émis des titres*

a) Le titre nul

Du fait qu'il n'incorpore pas la qualité d'actionnaire, le titre ne déploie aucun effet spécifique au papier-valeur; ce sont par conséquent les règles régissant l'engagement de droits d'actionnaire avant l'émission de titres qui lui seront applicables. Une fois de plus, on soulignera l'intérêt qu'a le créancier gagiste à se faire remettre le titre, dont la nature de papier-valeur ne pourra être contestée qu'avec circonspection en dehors des cas où le législateur admet la nullité du titre. Il est vrai que la seule possession du titre par un tiers ne fera pas apparaître celui-ci comme titulaire des droits qu'il est censé incorporer en dehors du cas où il est muni d'un endossement en blanc. Abstraction faite de cette situation, le risque d'une utilisation abusive du titre est ainsi moins élevé que pour le titre au porteur.

b) Le titre non disponible

La perte de la possession du titre empêchera l'actionnaire de mettre ses droits en gage, qu'il soit inscrit au registre des actions ou non. Tout transfert de droits d'actionnaire à un titre quelconque suppose la possession du titre régulièrement émis par la société.

⁹³⁶ Conne, p. 130.

⁹³⁷ Cf. *supra*, p. 21.

⁹³⁸ Cf. *supra*, p. 21.

Des faits de nature passagère qui empêchent momentanément l'exercice de la possession privent l'actionnaire de la possibilité d'opérer l'engagement par voie d'endossement, puisque celui-ci doit obligatoirement figurer sur le titre.

En revanche, il est loisible à l'actionnaire d'avoir recours à la cession qui, elle, peut figurer sur un document séparé. On connaît la conséquence, le créancier gagiste de bonne foi ne sera pas protégé dans son acquisition, pas plus que d'éventuels créanciers gagistes subséquents.

c) Le titre perdu ou volé, et annulé

L'actionnaire sans action nominative, mais au bénéfice d'un jugement d'annulation du titre peut, avant de procéder à l'engagement, soit demander la délivrance d'un nouveau titre, soit conclure avec le créancier gagiste un contrat de gage écrit. Lorsque, ultérieurement, la société émet un titre de remplacement, il ne suffira pas que le créancier gagiste le reçoive pour qu'il puisse se mettre au bénéfice de sa bonne foi. Il n'obtiendra cette protection qu'à condition d'exiger du constituant l'endossement du titre, lorsque ce mode de transmission sera possible.

E. LES STATUTS RESTREIGNENT LE TRANSFERT DES ACTIONS

Les principes qui viennent d'être dégagés sont également applicables ici. Toutefois, on peut se demander si la société doit intervenir dans l'engagement des droits, en donnant son accord au contrat de gage écrit⁹³⁹ que devront conclure l'actionnaire et le créancier gagiste, lorsque la société n'a pas émis de titres⁹⁴⁰. L'absence de titres d'action sous forme de papier-valeur ne rend pas superflu l'accord de la société à un transfert des droits d'actionnaire en pleine propriété.

Cependant, la même solution ne s'impose pas nécessairement pour la constitution d'un droit de gage, puisqu'il n'implique pas un transfert du sociétariat au créancier gagiste⁹⁴¹. Deux hypothèses sont à distinguer, celle où les actions sont incessibles aux termes des statuts et celle où les statuts instituent de simples restrictions de transmissibilité. Dans le premier cas, l'engagement des droits d'actionnaire est exclu, puisqu'il s'agit alors de droits inaliénables⁹⁴². Pour ce qui est du second, A. Wieland pense⁹⁴³ que l'engagement des droits d'actionnaire incorporés dans un papier-valeur est impossible sans l'accord de la société, dès l'instant où un transfert en propriété nécessite

⁹³⁹ Art. 900 al. 3 CC.

⁹⁴⁰ La nécessité de cet agrément ne fait pas de doute lorsque, dans le contrat de gage, le créancier gagiste s'est attribué le droit de vote.

⁹⁴¹ Gletting, p. 149.

⁹⁴² Art. 899 al. 1 CC.

⁹⁴³ Wieland A., Basler Studien zur Rechtswissenschaft, n° 18, p. 49-50.

un tel agrément. Il estime que le consentement de la société est nécessaire en vertu de l'art. 899 al. 1 CC, dont une disposition d'application se trouve dans le droit des papiers-valeurs⁹⁴⁴. D'autres auteurs, en revanche, soutiennent que cet agrément n'est pas indispensable, puisque la constitution du droit de gage ne touche que les droits patrimoniaux de l'actionnaire et ne concerne point ses droits sociaux⁹⁴⁵.

Dans son arrêt *Froidevaux contre Banque populaire suisse* du 4 mars 1952⁹⁴⁶, le Tribunal fédéral a statué qu'il n'y avait aucune raison de subordonner au consentement de la société le nantissement d'actions nominatives liées, dès l'instant où elles étaient saisissables pour les dettes de l'actionnaire, sans l'agrément de la société. A juste titre, cet arrêt considère que lors de la réalisation du droit de gage, les intérêts de la société sont suffisamment protégés par la possibilité de ne pas admettre au sein de celle-ci des actionnaires ayant acquis leurs titres dans une procédure d'exécution⁹⁴⁷.

Ce raisonnement garde toute sa valeur lorsque l'action n'est pas matérialisée dans un papier-valeur, voire lorsque l'actionnaire ne possède d'autre document qu'un titre de présentation ou de légitimation.

F. L'EXTINCTION DE L'ENGAGEMENT

Lorsque le droit de gage grève des droits d'actionnaire incorporés dans un papier-valeur, tel un certificat intérimaire, il s'éteint par la perte de la possession du papier-valeur, par l'extinction de la créance garantie ou par l'extinction du droit de gage lui-même. L'actionnaire disposera d'une action en revendication pour obtenir du créancier gagiste la restitution du titre.

Si la société n'a pas remis de papier-valeur à l'actionnaire, la perte de la possession d'un éventuel titre de preuve, ou du contrat de gage, par le créancier gagiste n'invalide pas le gage. Ce contrat est nécessaire pour la constitution du droit de gage, mais non pour en assurer l'existence ultérieure.

La restitution du titre de preuve, voire la destruction du contrat de gage, n'éteint pas le droit de gage. On ne peut y mettre fin que par une remise conventionnelle, pour laquelle aucune forme spéciale n'est requise⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ Art. 967 al. 3 CO.

⁹⁴⁵ Oefinger, *Commentaire ad art. 899*, note 34; Pestalozzi-Henggeler, p. 158; Schlatter, *SAG* 1942/43 pp. 185 ss, notamment 189; Müller, *SAG* 1942/43 pp. 137 ss et pp. 157 ss, notamment 160. Le Groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes constate qu'il existe ici une certaine insécurité à laquelle on pourrait remédier en prévoyant une règle de droit dispositif aux termes de laquelle, sauf dispositions contraires des statuts, la clause d'agrément ne s'appliquerait qu'au transfert en pleine propriété, cf. *Rap. int.*, p. 189 et p. 192.

⁹⁴⁶ ATF 78 II pp. 265 ss, notamment 276.

⁹⁴⁷ Art. 686 al. 4 CO.

⁹⁴⁸ Art. 115 CO.

L'actionnaire dispose d'une action en constatation de droit, si le créancier gagiste refuse de lui remettre une déclaration attestant l'extinction de son gage. Si la société a été avertie de la constitution du gage, elle devra aussi être avisée de son extinction. Faute d'avoir reçu cet avis, la société est libérée par un paiement effectué entre les mains du créancier gagiste ⁹⁴⁹.

* * *

II. LE DROIT DE RÉTENTION

Quelques observations sur le droit de rétention ne paraissent pas ici dénuées d'intérêt, bien qu'on le rencontre peu fréquemment.

L'exercice de celui-ci suppose l'existence de choses mobilières ou de papiers-valeurs ⁹⁵⁰, en d'autres termes l'existence d'un titre incorporant les droits d'actionnaire. Il s'exerce sur des choses qui sont en possession du créancier et dont le débiteur est empêché de disposer précisément du fait de cette possession. Dans notre législation, c'est un droit réel, plus particulièrement un droit de gage légal qui permet au créancier de se faire payer par la réalisation de la chose.

L'actionnaire auquel la société n'a délivré qu'un titre de preuve ne se verra évidemment jamais opposer un droit de rétention sur celui-ci, quelle que soit la forme qu'il revêt. Ceci est aussi valable pour un titre de légitimation ⁹⁵¹. La possession d'un tel titre par le créancier n'empêchera pas l'actionnaire de disposer de ses droits, comme il peut d'ailleurs le faire lorsque le titre émis est inutilisable comme papier-valeur.

En revanche, lorsque ses droits sont attestés par un certificat intérimaire, un droit de rétention peut être exercé sur ce certificat dès lors que nous avons admis qu'il s'agissait d'un papier-valeur qu'il représente une action au porteur ou une action nominative non intégralement libérée. Le législateur mentionne spécialement le titre nominatif ⁹⁵² comme pouvant faire l'objet d'un droit de rétention. Le créancier n'aura pas besoin de se légitimer par un acte de cession, la seule possession du certificat étant suffisante à cet effet ⁹⁵³.

⁹⁴⁹ Art. 167 CO.

⁹⁵⁰ Art. 895 al. 1 CC.

⁹⁵¹ Oftinger, Commentaire ad art. 895 CC, note 29.

⁹⁵² Art. 898 al. 2 CC.

⁹⁵³ Arrêt Faillite Caisse d'Epargne et de prêts d'Eschlikon contre faillite Stücheli, du 28 novembre 1917, ATF 43 II pp. 755 ss, JT 1918 I pp. 265 ss, notamment 276-277.

Pour protéger le créancier dans l'exercice de son droit de rétention, sa bonne foi suffit, lorsque le certificat intérimaire est émis pour une action nominative qui sera plus tard incorporée dans un titre à ordre. En revanche, il n'en ira pas de même lorsqu'il s'agit d'un certificat destiné à être remplacé par un titre au porteur une fois l'action intégralement libérée. Puisqu'il s'agit alors obligatoirement d'un titre nominatif, le créancier qui entend exercer un droit de rétention sur le titre ne peut être protégé dans sa possession en se bornant à établir sa bonne foi.

Dans les deux cas, le préposé de l'Office des faillites procédera, en lieu et place du débiteur, aux actes nécessaires à la réalisation du certificat ⁹⁵⁴, lorsque celui-ci est encore au nom du débiteur, c'est-à-dire non endossé ni muni d'un acte de cession en faveur du créancier ⁹⁵⁵.

* * *

III. L'USUFRUIT

A. LE PRINCIPE

Des meubles, des immeubles, des droits, voire un patrimoine peuvent faire l'objet d'un usufruit ⁹⁵⁶. Il peut ainsi être établi sur des droits d'actionnaire, à la condition qu'ils soient cessibles ⁹⁵⁷ et présentent une valeur économique. La transmissibilité des droits, par contre, n'est pas une condition ⁹⁵⁸ à l'existence d'un usufruit.

S'il est généralement admis que des droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur peuvent faire l'objet d'un usufruit, une controverse subsiste en revanche sur le point de savoir si l'actionnaire ne doit pas au moins disposer d'un titre de preuve de ses droits pour le faire naître. Von Steiger ⁹⁵⁹ et Bürgi ⁹⁶⁰ semblent être de cet avis.

On peut estimer que les droits de l'usufruitier sont mieux sauvegardés, si l'actionnaire nu-propriétaire lui remet un tel document. Cela peut être vrai s'il ne s'agit pas d'un titre de preuve simple, mais d'un titre de présentation ou

⁹⁵⁴ Art. 898 al. 2 CC.

⁹⁵⁵ Arrêté précité ATF 43 II pp. 755 ss, JT 1918 I pp. 265 ss, notamment 277.

⁹⁵⁶ Art. 745 al. 1 CC.

⁹⁵⁷ Lehmann, Commentaire ad art. 745 CC, note 20; von Steiger, Société anonyme, p. 160.

⁹⁵⁸ A juste titre, Forrer, p. 354, admet la possibilité d'un usufruit successoral ou ayant son origine dans le droit de la famille sur des actions intransmissibles.

⁹⁵⁹ Von Steiger, Société anonyme, p. 160 et en SAG 1944/45 pp. 49 ss, notamment 51.

⁹⁶⁰ Bürgi, Commentaire Rem. prélim., ad art. 683-687 CO, note 40.

de légitimation. Certes, la société garde alors la faculté d'effectuer valablement ses prestations, même si le titre ne lui est pas présenté, mais, en règle générale, elle s'abstiendra de le faire, le risque de mal exécuter étant grand. La possession d'un tel titre confère donc une certaine protection à l'usufruitier contre une usurpation de ses droits par un tiers, protection dont il est privé lorsqu'il n'a en mains aucun document.

La possession d'un titre de preuve est ainsi souhaitable pour l'usufruitier, mais on ne saurait aller jusqu'à faire dépendre de l'existence d'un tel titre la possibilité d'établir un usufruit sur des droits d'actionnaire. Ces droits naissent sans que la confection d'un titre de preuve soit nécessaire. Les droits d'actionnaire peuvent être exercés et sont transmissibles en l'absence d'un titre. L'intérêt de l'usufruitier n'exige pas l'existence d'un titre de preuve. En l'absence d'émission de titres, il est suffisamment protégé par le contrat d'usufruit qui devra revêtir la forme écrite ⁹⁶¹ et par la possibilité de notifier la conclusion de celui-ci à la société qui ne pourra alors plus exécuter ses prestations avec effet libératoire à l'actionnaire.

Comme pour l'engagement, l'objet de l'usufruit est limité aux droits patrimoniaux de l'actionnaire ⁹⁶². Si le nu-propriétaire reste en principe titulaire du sociétariat, l'exercice d'importantes prérogatives sociales incombe à l'usufruitier, tels le droit de vote ⁹⁶³ et, selon la doctrine dominante, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale, que peut cependant aussi exercer le nu-propriétaire de l'action ⁹⁶⁴.

Aux termes de la loi, l'usufruitier peut exiger dans un délai de trois mois la cession des créances et papiers-valeurs sujets à son droit ⁹⁶⁵. Aucune mention n'est faite des droits qui ne sont pas des créances, mais qui figurent parmi les biens pouvant donner lieu à un usufruit ⁹⁶⁶. En fixant cette règle particulière pour les papiers-valeurs, le législateur reconnaît implicitement qu'outre les créances d'autres droits peuvent être cédés, puisqu'ils sont susceptibles d'être incorporés dans des papiers-valeurs. Dans ces conditions, on ne voit pas pour quelle raison l'usufruitier ne pourrait pas exiger la cession de droits d'actionnaire qui n'ont pas été incorporés dans un titre. Un traitement identique à celui où l'usufruit porte sur des créances peut être envisagé. Avant d'obtenir la cession des droits d'actionnaire, l'usufruitier peut être astreint à fournir des sûretés ⁹⁶⁷.

⁹⁶¹ *Infra*, pp. 201 ss.

⁹⁶² Forrer, p. 354; Glettig, p. 74.

⁹⁶³ Art. 690 al. 2 CO.

⁹⁶⁴ Bürgi, Commentaire ad art. 683 CO, note 38 et ses références de doctrine, et ad art. 706 CO, note 51.

⁹⁶⁵ Art. 775 CC.

⁹⁶⁶ Art. 745 al. 1 CC.

⁹⁶⁷ Art. 775 al. 2 CC.

B. LA FORME DE L'USUFRUIT

1. *La société n'a pas émis de titres*

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

L'usufruit des choses mobilières et des créances s'établit par leur transfert à l'usufruitier, les règles concernant la propriété étant applicables à son acquisition, sauf dispositions contraires de la loi ⁹⁶⁸. Cette règle vaut également pour la constitution d'un usufruit sur des droits qui ne sont pas des droits de créance, tels des droits d'actionnaire que la société n'a pas incorporés dans des papiers-valeurs ⁹⁶⁹. Ces droits doivent être transférés suivant la forme régissant la cession de créance ⁹⁷⁰. Ils peuvent ainsi être grevés d'un usufruit de la même manière.

Un contrat écrit d'usufruit est nécessaire ⁹⁷¹ et suffisant. Il établit les droits respectifs de l'usufruitier et de l'actionnaire. L'usufruit prend naissance dès la signature du contrat par les deux parties.

En ce qui concerne l'obligation de l'actionnaire de remettre la quittance de libération à l'usufruitier, nous nous permettons de renvoyer à nos développements relatifs au créancier gagiste. La possession de cette quittance n'a aucune portée propre pour l'usufruitier. En l'absence d'un contrat d'usufruit, elle ne peut même pas constituer un début de preuve des droits de ce dernier. La remise à l'usufruitier de cette quittance n'est donc ni nécessaire, ni même utile. Bien plus, elle peut mettre l'actionnaire dans l'embarras, si la société lui réclame abusivement la libération du solde de l'action, dont l'usufruitier n'est pas le débiteur ⁹⁷².

En revanche, la remise d'un titre de preuve des droits d'actionnaire à l'usufruitier est souhaitable, mais non indispensable. D'ailleurs, si un moyen de preuve existe, l'usufruitier peut exiger qu'il lui soit remis ⁹⁷³.

Mais peut-il demander à la société de lui délivrer un tel titre s'il n'existe pas? Nous ne le pensons pas, car il s'agit là d'un droit découlant du sociétariat de l'actionnaire dont nous savons qu'il n'est pas passé à l'usufruitier ⁹⁷⁴. Seul l'actionnaire peut demander la délivrance d'un titre. Comme la validité des droits de l'usufruitier ne dépend pas de l'existence d'un titre, l'usufruitier ne peut contraindre l'actionnaire d'en exiger la délivrance par la société.

⁹⁶⁸ Art. 746 CC.

⁹⁶⁹ Lehmann, Commentaire ad art. 746 CC, note 10.

⁹⁷⁰ Art. 746 CC, 165 CO; Jäggi, Commentaire ad art. 967 CO, note 30.

⁹⁷¹ Bürgi, Commentaire Rem. pré., ad art. 683-687, note 40; Forrer, p. 363; Contra, Wieland A., SAG 1948/49 pp. 141 ss, notamment 155.

⁹⁷² Hormis le cas spécial de l'arr. 775 CC.

⁹⁷³ Art. 170 al. 2 CO.

⁹⁷⁴ L'hypothèse où l'usufruitier a demandé la cession des droits d'actionnaire suivant l'art. 775 CC étant bien entendu réservée.

Lorsque l'actionnaire ne remet pas le titre de preuve qu'il possède, la validité de l'usufruit n'en est pas affectée pour autant ⁹⁷⁵, car, en l'absence d'un papier-valeur, seul le contrat d'usufruit donne naissance à ce droit réel restreint. Toutefois, l'usufruitier peut alors rencontrer des difficultés au moment d'exercer ses droits, si le titre de preuve revêt la forme du titre de présentation ou de légitimation. Par l'émission de ce genre de titre, la société a fait savoir qu'elle se réservait le droit de n'exécuter ses prestations que contre présentation du titre. L'intérêt de l'usufruitier à la possession de ce titre est donc évident.

b) Le certificat intérimaire

Comme ce certificat est un papier-valeur, sa possession doit dans tous les cas ⁹⁷⁶ être transférée à l'usufruitier. Pas plus que pour l'engagement, une remise de la main à la main n'est nécessaire. Il suffira que l'actionnaire observe l'une des formes de transfert de la possession prévues par le législateur ⁹⁷⁷. Ainsi, contrairement au créancier gagiste ⁹⁷⁸, l'usufruitier peut acquérir ses droits par un constitut possessoire.

Au transfert du certificat doit s'ajouter soit un endossement, soit une déclaration de cession, suivant la nature juridique du certificat intérimaire, mais les parties peuvent également recourir à un contrat d'usufruit respectant la forme écrite.

Bien que la loi soit muette sur ce point, il semble raisonnable d'admettre que l'endossement peut porter la mention « pour usufruit ». D'autres endossements limitatifs, tel l'endossement pignoratif ou procuratoire, sont en effet expressément reconnus par le législateur, et l'on ne voit pas pourquoi un endossement ayant pour but de rendre apparent un rapport d'usufruit ne serait pas admis ⁹⁷⁹. La possibilité est ainsi enlevée à l'usufruitier d'outrepasser ses droits, par exemple d'aliéner le certificat.

c) Le certificat d'actions

Lorsque les statuts de la société stipulent l'indivisibilité du certificat, l'actionnaire ne pourra pas limiter l'usufruit à une partie seulement des actions incorporées dans ledit certificat. La forme qu'il devra observer sera celle applicable à la constitution d'un usufruit sur un titre individuel, soit la simple remise du certificat à l'usufruitier, soit sa tradition munie d'un endossement ou d'une déclaration de cession faisant ressortir la cause du transfert.

⁹⁷⁵ Contra, Bûrgi, Commentaire Rem. prélim., ad art. 683-686, note 40; von Steiger, Société anonyme, p. 160; von Steiger, SAG 1944/45 pp. 49 ss, notamment 51.

⁹⁷⁶ Art. 967 al. 1 CO.

⁹⁷⁷ Art. 922-924 CC.

⁹⁷⁸ Art. 884 al. 3 CC.

⁹⁷⁹ Cf. Koferli, p. 14; Ribi, p. 143.

2. *La société a émis des titres*

a) *Le titre nul*

Pour constituer un usufruit, l'actionnaire devra conclure un contrat en la forme écrite ⁹⁸⁰, vu que ses droits ne sont pas valablement incorporés au titre. Néanmoins, comme pour l'engagement, il serait judicieux que l'usufruitier exige la remise du titre afin d'éviter tout risque d'éviction qui pourrait résulter pour lui du fait qu'un tiers possède le titre dont la nullité ne pourrait être établie avec certitude. Cette précaution évitera à l'usufruitier un litige, toujours préjudiciable, alors même qu'il obtiendrait finalement gain de cause. Il n'importe pas que le titre ait été endossé ou muni d'un acte de cession. A n'importe quel moment, l'usufruitier pourra exiger sa remise en se fondant sur le contrat écrit d'usufruit, propre à remplacer un endossement ou une déclaration de cession.

Il n'appartient pas à l'usufruitier d'exiger l'échange du titre nul contre un titre établi en bonne et due forme, ce droit étant réservé à l'actionnaire, titulaire du sociétariat. Toutefois, comme la société n'émettra, en règle générale, le nouveau titre que contre notre restitution de l'ancien — surtout s'il y a doute quant à sa validité — l'usufruitier peut indirectement se faire autoriser par l'actionnaire à recevoir le titre.

b) *Le titre non disponible*

Des faits de nature passagère qui empêchent ou interrompent l'exercice de la possession du titre par l'actionnaire ne lui font pas perdre celle-ci ⁹⁸¹. Tel sera, par exemple, le cas lorsque le titre est momentanément introuvable dans la maison habitée par son propriétaire ⁹⁸². L'actionnaire conserve la faculté d'établir un usufruit sur ses droits, sous la seule réserve que celui-ci ne pourra être constitué moyennant un endossement, ce dernier devant figurer sur le titre lui-même. Comme cette formalité de transfert d'un papier-valeur n'est jamais obligatoire, mais peut être remplacée par une déclaration de cession qui, elle, peut figurer sur un document à part, l'établissement d'un usufruit sur un titre normalement transmissible par endossement reste néanmoins possible.

c) *Le titre perdu ou volé, et annulé*

Avant de constituer un usufruit sur ses actions, l'actionnaire peut, soit demander à la société des titres de remplacement, soit recourir à la forme du contrat écrit d'usufruit, comme si ses droits n'avaient jamais été incorporés dans un titre. L'usufruitier doit alors s'attendre à ce que la société lui oppose

⁹⁸⁰ Art. 746 CC, 165 CO.

⁹⁸¹ Art. 921 CC.

⁹⁸² Homberger, Commentaire ad art. 921 CC, note 3.

l'exception que le constituant n'était pas titulaire de la qualité d'actionnaire et n'avait, par conséquent, pas pu valablement grever ses actions d'usufruit. En effet, le fait que l'actionnaire ait pu obtenir l'annulation du titre n'équivaut pas à une reconnaissance de sa qualité d'actionnaire par la société, celle-ci n'étant pas partie à cette procédure. L'usufruitier évitera pareil risque en insistant auprès du titulaire des droits d'actionnaire pour qu'il lui remette un titre incorporant sa qualité.

C. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION AU PORTEUR

1. *La société n'a pas émis de titres*

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

Le contrat d'usufruit tient lieu à la fois d'acte causal et d'acte de disposition. L'usufruit ne sera valablement constitué que dans l'hypothèse où l'actionnaire peut réellement disposer de ses droits, la bonne foi de l'usufruitier étant à cet égard inopérante. Du fait que les droits d'actionnaire ne sont pas incorporés dans un titre au porteur, l'usufruitier n'est pas protégé par la règle dite de l'inopposabilité des exceptions. Au contraire, comme lors d'un transfert en pleine propriété, il est exposé à toutes les exceptions qui peuvent être soulevées à l'égard du nu-propiétaire des actions⁹⁸³.

Dépourvu de titre, l'usufruitier ne peut jamais outrepasser ses droits, car sa qualité de titulaire d'un droit réel restreint est documenté par le contrat écrit d'usufruit. Les droits de l'actionnaire ne seront donc jamais en péril, hormis le cas où l'usufruitier a usé de la faculté que lui confère la loi d'exiger dans les trois mois de la constitution de l'usufruit une cession pure et simple des droits d'actionnaire⁹⁸⁴. L'actionnaire pourra se protéger contre une éventuelle atteinte à ses droits en réclamant des sûretés à l'usufruitier⁹⁸⁵. L'intérêt de ce dernier commande que la société soit informée aussi rapidement que possible de la constitution de l'usufruit, afin d'éviter que l'actionnaire n'exerce dans la société des droits qui reviennent normalement à l'usufruitier.

La notification de l'usufruit⁹⁸⁶ à la société aura pour effet qu'elle ne pourra plus de bonne foi ignorer l'usufruitier et verser par exemple un dividende à l'actionnaire. Faute de connaître l'ayant droit du dividende, la société se libérera valablement en le payant au dernier actionnaire connu. Ainsi la notification de l'usufruit à la société répond-elle à une nécessité, dès l'instant où les droits de l'actionnaire ne sont pas incorporés dans un titre. Cette notification

⁹⁸³ Avec von Thur-Escher, p. 376, nous considérons que l'art. 169 al. 1 CO est applicable par analogie.

⁹⁸⁴ Art. 775 CC.

⁹⁸⁵ Art. 775 al. 2 CC.

⁹⁸⁶ Avec von Thur-Escher, p. 376, nous estimons que l'art. 167 CO est applicable par analogie.

peut être le fait de l'usufruitier ou de l'actionnaire. La société devra s'assurer de l'existence d'un contrat écrit d'usufruit en raison des répercussions sur le droit de vote. Il en est à tout le moins ainsi lorsque la notification provient de l'usufruitier.

L'exercice du droit de vote incombe normalement à l'usufruitier⁹⁸⁷, qui se légitimera à l'égard de la société en présentant le contrat d'usufruit. Celui-ci peut réserver l'exercice de ce droit à l'actionnaire, puisque la règle légale est de droit dispositif⁹⁸⁸. L'usufruitier et l'actionnaire peuvent assister à l'assemblée générale et, selon l'opinion de la doctrine dominante, attaquer ses décisions en justice⁹⁸⁹. Chacun peut exercer ces droits indépendamment de l'autre. Comme les droits d'actionnaire ne sont pas liés à la possession d'un document, lorsque la société n'a pas émis de titres, le concours de l'autre partie n'est pas nécessaire à cet effet. Il en est de même de l'actionnaire qui désire exercer son droit préférentiel de souscription.

L'obligation de libérer le solde de l'action incombe à l'actionnaire qui reste titulaire du sociétariat. Lorsqu'il ne s'acquitte pas de cette obligation, la société peut entamer la procédure de déchéance qui compromettra inévitablement les droits de l'usufruitier⁹⁹⁰. Celui-ci ne peut contraindre l'actionnaire à libérer le solde non versé de l'action⁹⁹¹, mais peut effectuer le paiement à sa place. A la cessation de l'usufruit, il pourra exiger le remboursement du montant ainsi payé, conformément aux dispositions sur la gestion d'affaires, ce versement ayant le caractère d'impenses⁹⁹². Il n'a toutefois pas la possibilité d'exercer un droit de rétention pour garantir le paiement de sa créance, puisque la qualité d'actionnaire n'est pas incorporée dans un papier-valeur⁹⁹³.

La question de la responsabilité pour le paiement du solde non versé de l'action doit être tranchée différemment, si l'usufruitier est devenu titulaire de plein droit de la qualité d'actionnaire⁹⁹⁴. Il assume alors seul ou conjointement avec le nu-propriétaire⁹⁹⁵ la responsabilité pour l'exécution de cette obligation. S'il en est seul responsable et ne libère pas le solde de l'action et que, de ce fait, la déchéance des droits d'actionnaire est prononcée, la responsabilité de l'usufruitier se trouvera engagée⁹⁹⁶.

⁹⁸⁷ Art. 690 al. 2 CO.

⁹⁸⁸ Parmi d'autres Bûrgi, Commentaire ad art. 690 CO, note 22; von Steiger, Société anonyme, p. 162; Koeflerli, pp. 77-78; Glettig, p. 97; Hagmann, p. 19.

⁹⁸⁹ Lehmann, Commentaire ad art. 774 CC, note 50.

⁹⁹⁰ L'usufruitier a ainsi un intérêt à être mis au courant de l'existence d'une telle procédure, quelle que soit l'espèce d'action qu'elle vise, cf. *infra*, p. 220.

⁹⁹¹ Lehmann, Commentaire ad art. 774 CC, note 52; Koeflerli, p. 82.

⁹⁹² Art. 753 al. 1 CC.

⁹⁹³ Cf. *supra*, pp. 198 ss.

⁹⁹⁴ Art. 775 CC.

⁹⁹⁵ Suivant qu'on est en présence d'une reprise de dette interne ou externe, cf. *supra*, pp. 153 ss.

⁹⁹⁶ Art. 752 al. 1 CC.

L'actionnaire n'est pas obligé de remettre à l'usufruitier la quittance de libération des actions, le contrat d'usufruit écrit constituant un moyen de preuve suffisant de ses droits. Aucun intérêt légitime de l'usufruitier n'exige qu'il possède cette quittance, dans la mesure tout au moins où il n'est pas le débiteur d'un solde non versé de l'action en raison d'une cession pure et simple des droits d'actionnaire⁹⁹⁷.

En revanche, un titre de présentation, ou de légitimation des droits d'actionnaire doit être remis à l'usufruitier, faute de quoi ce dernier risque de se heurter à certaines difficultés dans l'exercice de ses droits. Si la société a émis de tels titres, elle se réserve en effet le droit de n'admettre une personne à l'exercice des droits d'actionnaire que sur présentation du titre; elle se libère même, dans le cas du titre de légitimation, de toute responsabilité pour une admission illégale à l'assemblée générale, ou un paiement qu'elle effectuerait à une personne qui, en réalité, n'est pas actionnaire.

L'usufruitier ne peut évidemment pas déposer de tels titres chez un tiers aux fins de sûretés⁹⁹⁸ pour le titulaire des droits d'actionnaire, car un tel dépôt n'empêcherait pas leur transfert. Le problème ne revêt un intérêt que dans le cas où l'usufruitier s'est fait céder en propriété les droits d'actionnaire, sinon il ne peut pas mettre en péril la qualité d'actionnaire de son titulaire. En effet, lorsque celle-ci n'est pas incorporée dans un papier-valeur, une tierce personne ne peut acquérir des droits d'actionnaire d'une personne qui n'est pas autorisée à en disposer, alors même qu'elle serait de bonne foi.

b) Le certificat intérimaire

Lorsque l'actionnaire est en possession d'un certificat intérimaire, il ne peut le grever d'un usufruit qu'en transférant sa possession à l'usufruitier, une déclaration de cession devant compléter la tradition du certificat.

Que l'on considère que ce certificat est un papier-valeur ou au contraire un simple moyen de preuve, l'usufruitier de bonne foi ne pourra être protégé dans son acquisition, ce certificat intérimaire étant au mieux un titre nominatif. L'usufruitier devra se laisser opposer toutes les exceptions qui pouvaient être soulevées à l'égard de l'actionnaire et de ses prédécesseurs.

L'acte de cession peut mentionner « pour usufruit » ou non. Cela n'a guère d'importance dès l'instant où nous estimons que l'usufruitier ne pourra de toute façon pas outrepasser ses droits, qu'il soit légitimé comme tel ou comme un cessionnaire de plein droit⁹⁹⁹.

L'usufruitier se légitimera vis-à-vis de la société par la présentation de l'acte de cession et du certificat intérimaire. Du fait que les droits d'actionnaire sont incorporés dans un papier-valeur et que, partant, la légitimation pour les

⁹⁹⁷ Art. 775 CC.

⁹⁹⁸ Art. 775 al. 2 CC.

⁹⁹⁹ Certains auteurs admettent dans cette dernière hypothèse une protection de la bonne foi de l'acquéreur d'un titre nominatif, cf. Koeflerli, p. 15; Beeler, p. 146.

exercer dépendra de sa possession, l'usufruitier peut empêcher le nu-propriétaire d'exercer le droit de vote que ce dernier a pu se réserver en dérogation à la réglementation légale dans l'acte constitutif de l'usufruit. Le nu-propriétaire pourra se prémunir contre ce risque en restant dans ce cas-là copossesseur du certificat intérimaire avec l'usufruitier.

c) Le certificat d'actions

L'usufruitier acquiert ses droits par le transfert de la possession du certificat. Aucune autre formalité ne s'y ajoute.

L'usufruitier de bonne foi est protégé dans l'acquisition de ses droits. Il ne pourra se voir opposer par la société que les exceptions tirées de la nullité du certificat ou de son texte, ainsi que celles que la société a personnellement contre lui¹⁰⁰⁰. Il suffit parfois que l'usufruitier ait commis une faute même légère au moment de l'acquisition de ses droits pour qu'il ne puisse plus être mis au bénéfice de la protection de sa bonne foi¹⁰⁰¹.

Le nu-propriétaire n'a d'autre moyen pour éviter que l'usufruitier ne se fasse passer, du fait de la possession du certificat, pour le titulaire du sociétariat, que d'exiger au préalable le dépôt du certificat entre les mains d'un tiers¹⁰⁰², qui le détiendra pour son propre compte et celui de l'usufruitier. D'éventuels coupons attachés au certificat et permettant d'encaisser le dividende doivent évidemment rester en la possession exclusive de l'usufruitier¹⁰⁰³, seul habilité à en exiger le paiement par la société.

Aussi bien avant la constitution de l'usufruit qu'une fois celui-ci établi, le nu-propriétaire peut exiger que le bénéficiaire fournisse des sûretés, sans qu'il ait à faire la démonstration que ses droits sont en péril¹⁰⁰⁴. A cet égard, peu importe que les parties aient eu recours à une cession des droits du nu-propriétaire. L'obligation de fournir des sûretés existe dans tous les cas, à moins bien entendu que le nu-propriétaire n'y ait expressément renoncé.

2. La société a émis des titres

a) Le titre nul

La conclusion d'un contrat d'usufruit respectant la forme écrite¹⁰⁰⁵ est indispensable, puisque la possession du titre d'action nul n'a aucune portée

¹⁰⁰⁰ Selon Jäggi, Commentaire ad art. 979 CO, note 82, l'art. 979 CO est applicable lorsqu'il s'agit des droits de créance incorporés dans le certificat.

¹⁰⁰¹ Les mêmes exigences sévères doivent être posées aussi bien en ce qui concerne la bonne foi de l'usufruitier que celle d'un acquéreur en pleine propriété, cf. à ce sujet Arrêt Turconi contre Cheuvreux de la Cour de Justice civile de Genève, du 13 avril 1954, SJ 1955 pp. 297 ss, notamment 303, confirmé par le Tribunal fédéral par arrêt du 15 septembre 1954, SJ 1957 pp. 239-240.

¹⁰⁰² Art. 760 al. 3 CC.

¹⁰⁰³ Cf. Lehmann, Commentaire ad art. 760 CC, note 11.

¹⁰⁰⁴ Art. 760 al. 2 CC.

¹⁰⁰⁵ Art. 746 CC, 165 CO.

juridique, si ce n'est celle de procurer éventuellement à l'usufruitier un moyen de prouver qu'il a acquis ses droits d'un titulaire des droits d'actionnaire. La société ne peut se fier qu'au contrat d'usufruit pour se convaincre qu'une personne a acquis la qualité d'usufruitier. Si l'existence d'un contrat d'usufruit n'est pas établie, la société ne pourra attribuer au possesseur d'un titre nul la qualité d'usufruitier. Ce possesseur sera protégé dans sa bonne foi dans la mesure où, en dépit d'une apparence trompeuse, il convient de conclure à l'existence d'un papier-valeur.

L'existence d'un titre quelconque doit amener l'usufruitier à en exiger la remise par l'actionnaire, ne serait-ce que pour empêcher que le nu-propiétaire ne l'échange contre un titre en bonne et due forme et ne le prive ainsi de ses droits. L'actionnaire pourrait en effet le remettre à un tiers de bonne foi en pleine propriété ou à titre de gage, voire obliger l'usufruitier à agir judiciairement pour obtenir la possession du titre valable.

b) Le titre non disponible

L'actionnaire privé momentanément de son titre peut néanmoins le mettre en usufruit en se servant à cet effet de l'une ou l'autre des formes de transfert de la possession instituées par le législateur ¹⁰⁰⁶.

De son côté, l'usufruitier doit obtenir la maîtrise effective du titre pour pouvoir valablement acquérir ses droits. Il ne serait pas suffisant que les parties, invoquant le fait que les titres ont été égarés, procèdent à la conclusion d'un contrat d'usufruit en la forme écrite. Le tiers qui aurait acquis ces titres de bonne foi du nu-propiétaire sera protégé dans son acquisition en dépit de l'existence d'un contrat d'usufruit écrit.

c) Le titre perdu ou volé, et annulé

La perte ou le vol du titre n'empêche pas l'actionnaire de le grever d'un usufruit, s'il a pu en obtenir l'annulation, ou si sa destruction a été constatée avec une probabilité confinant à la certitude et que l'annulation s'avère impossible faute d'une individualisation du titre. Comme toujours en pareil cas, l'actionnaire peut demander, soit la délivrance d'un titre de remplacement, soit recourir à la conclusion d'un contrat d'usufruit. Dans tous les cas, l'usufruitier éventuel aura avantage à exiger du nu-propiétaire la remise d'un titre valant papier-valeur. Il se protégera ainsi contre les exceptions que la société pourrait soulever, notamment celle qui serait tirée du défaut de capacité de l'actionnaire de disposer de ses droits.

Lorsque l'usufruitier perd le titre, il aura, à côté du nu-propiétaire, le droit d'engager une procédure d'annulation pour retrouver la faculté d'exercer ses droits, tout comme d'ailleurs n'importe quel autre titulaire d'un droit réel restreint ¹⁰⁰⁷.

¹⁰⁰⁶ Art. 922 à 924 CC.

¹⁰⁰⁷ Jäggi, Commentaire ad art. 971, 972 CO, note 115.

D. LES STATUTS STIPULENT L'ACTION NOMINATIVE

1. *La société n'a pas émis de titres*

a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur

L'usufruitier acquiert sa qualité de la même manière que s'il s'agit de droits d'actionnaire non incorporés dans un titre au porteur. Il ne peut outrepasser ses droits, puisque, obligatoirement, le contrat écrit d'usufruit¹⁰⁰⁸ en trace les limites. La bonne foi de l'usufruitier ne sera pas non plus protégée, lorsque l'actionnaire ne peut pas disposer des droits dont il s'agit.

Certains auteurs, parmi d'autres Bürgi¹⁰⁰⁹, von Steiger¹⁰¹⁰ et Winkler¹⁰¹¹ préconisent l'inscription de l'usufruitier au registre des actions. Glettig¹⁰¹² pense que cette inscription peut fournir une indication décisive quant à la personne autorisée à exercer le droit de vote. Cette opinion nous semble incompatible avec la portée que le Tribunal fédéral attribue actuellement à l'inscription sur le registre des actions¹⁰¹³.

Lorsque les droits d'un actionnaire ne sont pas incorporés dans un papier-valeur, c'est le contenu du contrat d'usufruit qui doit être déterminant pour l'exercice du droit de vote, et non une inscription de l'usufruitier sur le registre des actions. Si ce contrat ne contient aucune disposition particulière quant à l'exercice du droit de vote, celui-ci appartiendra à l'usufruitier¹⁰¹⁴. L'actionnaire ne pourra exercer ce droit qu'à la condition qu'il l'ait expressément réservé dans le contrat.

Il est ainsi sans importance qu'il reste inscrit au registre des actions. La présomption de légitimation attachée à cette inscription peut être renversée par le contrat d'usufruit, dont la notification à la société interdira à celle-ci d'admettre que l'actionnaire exerce le droit de vote.

Cela soulève *de lege ferenda* la question de l'opportunité d'imposer ou non à la société l'obligation de tenir un registre des usufruitiers, lorsqu'elle s'est abstenue d'incorporer la qualité d'actionnaire dans un papier-valeur. La tenue d'un registre des usufruitiers facilitera à la société sa tâche de déterminer le cercle des personnes habilitées à exercer le droit de vote à l'assemblée générale. Elle pourra considérer que cette faculté doit être attribuée, d'une part aux personnes inscrites sur le registre des actions, et d'autre part à celles inscrites

¹⁰⁰⁸ Art. 746 CC, 165 CO.

¹⁰⁰⁹ Bürgi, Commentaire ad art. 690 CO, note 35.

¹⁰¹⁰ Von Steiger, SAG 1944/45 pp. 49 ss, notamment 52.

¹⁰¹¹ Winkler, p. 15.

¹⁰¹² Glettig, p. 85.

¹⁰¹³ Cf. notamment Arrêt Meier contre Fischer, du 23 juin 1964, ATF 90 II pp. 164 ss, JT 1965 I pp. 48 ss.

¹⁰¹⁴ Art. 690 al. 2 CO. Le législateur a ainsi mis fin à une vieille controverse, puisqu'une ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral avait accordé ce droit conjointement à l'usufruitier et à l'actionnaire, Arrêt Veuve Stadlin-Fröhlich contre Stadlin, du 9 décembre 1924, ATF 50 II pp. 543 ss, JT 1925 I pp. 207 ss.

sur le registre des usufruits, étant entendu que lorsque la même action sera inscrite dans les deux registres, la personne mentionnée sur le second sera habilitée à exercer le droit de vote, à moins que le nu-propriétaire ne se soit exceptionnellement réservé l'exercice de ce droit.

Les droits étendus dont jouit l'usufruitier sur le plan social, le droit de vote, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale, justifient de préconiser la tenue d'un registre des usufruitiers, lorsque la qualité d'actionnaire n'est pas incorporée dans un titre. Nous ne pensons cependant pas qu'il convient d'attribuer à l'inscription dans un tel registre un effet autre que déclaratif, comme c'est le cas pour le registre des actions, à moins qu'on en vienne aussi à modifier la portée de l'inscription dans ce dernier, en lui accordant un effet constitutif comme dans d'autres législations.

L'usufruitier ne peut demander la remise de la quittance de libération pour les raisons que nous avons déjà exposées ¹⁰¹⁵. En revanche, il peut exiger la remise de titres de preuve de la qualité d'actionnaire, encore que leur portée soit limitée lorsqu'un registre des actions existe. L'usufruitier n'en a pas besoin pour établir qu'il a acquis ses droits d'un titulaire autorisé à en disposer. Il peut en effet invoquer l'inscription au registre des actions.

La société considérera comme actionnaire la personne inscrite sur le registre des actions, et non le simple détenteur d'un titre de légitimation. Le risque qu'elle paie le dividende à un tiers détenteur d'un tel titre qui ne serait pas la personne inscrite au registre des actions, paraît donc inexistant. La notification du contrat d'usufruit détruira la bonne foi de la société sur ce point.

b) Le certificat intérimaire

Nous savons qu'en règle générale un tel certificat est un titre à ordre. L'usufruitier de bonne foi sera donc protégé dans l'acquisition de ses droits, alors même que le nu-propriétaire du certificat n'avait pas la faculté d'en disposer, à la condition, cependant, que le certificat soit endossé à son nom et ne soit pas simplement assorti d'une déclaration de cession.

C'est là une importante différence par rapport au certificat intérimaire délivré pour une action au porteur non intégralement libérée. Cette protection reste valable dans l'hypothèse où l'usufruitier aurait commis une faute légère au moment de l'acquisition du certificat. Il bénéficiera de la règle dite de l'inopposabilité des exceptions paralysant les droits du nu-propriétaire du certificat et de ses prédécesseurs ¹⁰¹⁶.

c) Le certificat d'actions

Le certificat d'actions doit être remis à l'usufruitier, faute de quoi ce dernier n'acquerrait aucun droit. Le certificat devant obligatoirement porter un

¹⁰¹⁵ *Supra*, p. 201.

¹⁰¹⁶ Art. 1146 CO.

endossement ou être accompagné d'un acte de cession, le nu-propriétaire des droits d'actionnaire peut se protéger vis-à-vis de l'usufruitier en rendant apparent à l'égard des tiers le rapport d'usufruit, par la mention « pour usufruit » insérée dans l'endossement. La légitimation formelle correspondra ainsi exactement à la légitimation matérielle de l'usufruitier ¹⁰¹⁷.

Il n'est donc pas indispensable que l'actionnaire exige des sûretés de l'usufruitier, comme dans l'hypothèse où ses droits sont incorporés dans un certificat d'actions au porteur, afin d'éviter le risque que l'usufruitier n'aliène le certificat en pleine propriété. La bonne foi de l'acquéreur d'un certificat d'actions nominatives est automatiquement détruite par la mention « pour usufruit ».

L'acquéreur d'un tel certificat est obligé de vérifier si les précédents endossements, mais non les actes de cession ¹⁰¹⁸ ne comportent pas de restrictions, auquel cas il doit s'apercevoir qu'il ne peut valablement acquérir la propriété du certificat.

2. *La société a émis des titres*

a) Le titre nul

Lorsque les droits d'actionnaire ne sont pas valablement incorporés dans un titre à ordre ou nominatif, la conclusion d'un contrat écrit d'usufruit est indispensable. Si la nullité du titre est due au fait que la qualité d'actionnaire est inexistante, il est clair que la conclusion d'un tel contrat tombe dans le vide. La situation de l'actionnaire et de l'usufruitier est en principe identique à celle où des droits d'actionnaire ne sont pas valablement incorporés dans un titre au porteur.

Si l'usufruitier renonce à exiger du nu-propriétaire la remise du titre supposé nul, il court aussi les mêmes risques. Au cas où le tiers possesseur du titre défectueux parvient à démontrer que, malgré une apparence trompeuse, ce dernier incorpore véritablement le sociétariat de l'actionnaire, le contrat écrit d'usufruit n'aura pu faire naître aucun droit au profit de l'usufruitier. Le genre de papier-valeur dans lequel les droits de l'actionnaire ont été incorporés est sans importance. A cet égard, seul est décisif, en définitive, le fait que l'usufruitier n'a pas reçu la possession du titre, indispensable pour le grever d'un droit réel quelconque ¹⁰¹⁹.

Lorsqu'un tel titre n'a pas été endossé ni muni d'un acte de cession, le tiers possesseur n'a pu acquérir un droit quelconque sur le titre. De ce fait, il ne pourra compromettre les droits de l'usufruitier, mais ce dernier devra en obtenir de lui la remise du titre pour exercer les droits découlant de sa qualité.

¹⁰¹⁷ Böckli, p. 138.

¹⁰¹⁸ En présence d'un acte de cession, il ne peut acquérir plus de droits sur le certificat que n'en avait son prédécesseur.

¹⁰¹⁹ Art. 967 al. 1 CO.

Titulaire d'un droit réel restreint comme le créancier gagiste, il disposera également, en cas de refus du tiers de remettre le titre, de l'action pétitoire ¹⁰²⁰.

b) Le titre non disponible

L'actionnaire ne sera pas empêché par n'importe quelle absence de disponibilité du titre de le grever d'un usufruit. Pour que l'usufruit puisse valablement être établi, il suffit que le nu-propiétaire soit en mesure de transférer la possession du titre à l'usufruitier. Lorsque l'actionnaire a simplement égaré le titre, et ne peut par conséquent pas l'endosser, cette formalité pourra être remplacée par une déclaration de cession qui peut figurer sur un document séparé. Le choix de cette forme de transfert aura toutefois pour conséquence que l'usufruitier de bonne foi, qui aurait acquis ses droits d'un actionnaire qui n'avait pas le pouvoir de disposer du titre, ne pourra être protégé.

Lorsque les droits grevés d'usufruit sont incorporés dans des titres dits accessoires, tels des coupons ¹⁰²¹, il suffit que ceux qui ne sont pas échus au moment de la constitution de l'usufruit soient remis à l'usufruitier, sans préjudice du droit qu'a ce dernier d'exiger que le titre principal lui soit également remis ¹⁰²². Cela sera important pour l'exercice du droit de vote.

c) Le titre perdu ou volé, et annulé

L'actionnaire pourra, soit procéder au moyen d'un contrat d'usufruit, soit exiger de la société, préalablement à sa constitution, la délivrance d'un titre de remplacement, chaque fois que cela sera possible ¹⁰²³.

Si l'action annulée est un titre nominatif, toutes les exceptions admissibles à l'égard d'un prédécesseur pourront être opposées par la société à celui qui demande un titre de remplacement ou à l'usufruitier dont les droits ont pris naissance dans un contrat d'usufruit.

En revanche, lorsque l'action annulée est un titre à ordre, les exceptions admissibles seront limitées ¹⁰²⁴. S'il ne dispose pas d'un titre, l'usufruitier risque de se voir opposer toutes les exceptions que la société pouvait faire valoir à l'égard de l'actionnaire, mais non de ses prédécesseurs.

E. LES STATUTS RESTREIGNENT LE TRANSFERT DES ACTIONS

Les restrictions statutaires concernant le transfert d'actions nominatives s'appliquent aussi aux droits d'un actionnaire qui ne sont pas incorporés dans

¹⁰²⁰ Cf. *supra*, p. 190.

¹⁰²¹ Il s'agit en règle générale de titres au porteur, quelle que soit la nature juridique du titre principal, cf. *supra*, p. 121.

¹⁰²² Jäggi, Commentaire ad art. 967 CO, note 51.

¹⁰²³ Cf. Internationale Industrie- und Handelsbeteiligungen AG contre Carlebach et Consorts, du 3 décembre 1957, ATF 83 II pp. 445 ss, JT 1958 I pp. 280 ss.

¹⁰²⁴ Art. 1146 CO.

un papier-valeur¹⁰²⁵. Si la société ne l'accepte pas, l'acquéreur de ces droits ne pourra exercer des prérogatives sociales.

L'usufruit sur une action nominative liée qui n'est pas incorporée dans un titre est-il soumis à l'agrément de la société¹⁰²⁶? Nous savons que l'usufruit a pour objet les droits patrimoniaux de l'actionnaire qui peuvent être transférés en toutes circonstances. On peut dès lors soutenir que la clause d'agrément ne peut mettre en question l'existence de l'usufruit. Toutefois, aux termes de la loi¹⁰²⁷, l'usufruitier a la faculté d'exercer le droit de vote, prérogative sociale appartenant normalement à l'actionnaire. L'exercice de ce droit doit tomber sous le coup de cette clause, sinon elle devient illusoire par le biais d'un usufruit.

Une jurisprudence zuricoise a déclaré illicite une disposition statutaire étendant l'application de la clause d'agrément à la totalité des droits de l'actionnaire, notamment à la constitution de droits réels restreints sur l'action¹⁰²⁸. Si l'accord de la société ne peut être exigé statutairement pour un usufruit sur des droits d'actionnaire dont le transfert en pleine propriété serait soumis à des restrictions, il n'est pas inopérant pour autant. En effet, l'usufruitier ne pourra exercer le droit de vote sans avoir préalablement obtenu cet accord¹⁰²⁹. En cas de refus, le titulaire des droits d'actionnaire reste habilité à exercer le droit de vote, quand bien même il ne se serait pas réservé ce droit dans le contrat d'usufruit.

Ce qui est vrai lorsque la société n'a pas remis de titres à l'actionnaire doit aussi l'être chaque fois que l'actionnaire ne dispose pas d'un titre, pour d'autres raisons. Que les droits de l'usufruitier soient incorporés dans un papier-valeur ou non, l'exercice du droit de vote suppose accordé l'agrément de la société.

F. L'USUFRUIT LÉGAL

Lorsque l'usufruit trouve sa source dans la loi, les droits de l'usufruitier naissent le jour où les conditions légales pour son établissement sont remplies.

¹⁰²⁵ *Supra*, pp. 171 ss.

¹⁰²⁶ Pour dissiper l'incertitude existant dans ce domaine, aussi bien quand l'actionnaire ne dispose pas d'un titre que dans l'hypothèse contraire, le Groupe de travail pour la révision du droit des sociétés anonymes propose l'élaboration d'une règle de droit dispositif, aux termes de laquelle, sauf dispositions contraires des statuts, la clause d'agrément ne s'appliquera qu'au transfert en propriété, à l'exclusion d'une mise en gage et de la constitution d'un usufruit, cf. Rap. int., p. 189 et p. 192.

¹⁰²⁷ Art. 690 al. 2 CO.

¹⁰²⁸ Arrêt du Tribunal de commerce du Canton de Zurich, du 18 janvier 1968, SAG 1969, pp. 58 ss; Wolf, NZZ, n° 2659, du 8 avril 1960 et Carry, Conférence, considèrent une clause statutaire comme admissible qui étendrait l'agrément de la société au transfert des droits de créance.

¹⁰²⁹ Pfenninger, SAG 1966 pp. 81 ss, notamment 90 et ses références de doctrine.

Ainsi, l'époux survivant acquiert l'usufruit de tout ou partie de la succession de son conjoint à la mort de celui-ci ¹⁰³⁰.

Lorsque les droits d'actionnaire ne sont pas incorporés dans un papier-valeur ou que la société n'a émis qu'un titre de preuve, l'usufruitier acquiert ses droits sans qu'il soit nécessaire d'établir un acte de cession. Lorsqu'aucun titre n'existe, il pourra se légitimer vis-à-vis de la société, par exemple par la production d'un certificat d'héritier, ou de son livret de famille. L'usufruitier ne court pas le risque de voir un tiers de bonne foi usurper ses droits. En dehors d'une incorporation des droits d'actionnaire dans un titre au porteur ou à ordre, un tiers de bonne foi — qu'il s'agisse d'un créancier gagiste ou d'une personne à laquelle les droits auraient été transférés en pleine propriété — ne peut acquérir des droits préférentiels à ceux de l'usufruitier. L'absence de protection est précisément la conséquence de la non-incorporation des droits d'actionnaire dans un tel titre.

Un titre de présentation ou de légitimation des droits d'actionnaire doit être remis à l'usufruitier, si ce dernier ne veut pas s'exposer au risque que la société paralyse l'exercice de ses droits, en faisant dépendre de la présentation du titre ses prestations à l'usufruitier. Si, malgré tout, il n'entre pas en possession d'un tel titre, l'usufruitier légal ne risque pas d'être privé de sa qualité; en revanche, faute d'avoir notifié l'usufruit, il devra se laisser opposer la bonne foi de la société qui a payé le détenteur d'un titre de légitimation.

Du fait que l'usufruitier acquiert ses droits *ex lege*, l'existence de ceux-ci ne dépendra pas de la possession d'un certificat intérimaire que la société aurait pu émettre. Il s'agit cependant d'un papier-valeur dont la possession est indispensable pour l'exercice des droits incorporés dans le titre. La légitimation de l'usufruitier vis-à-vis de la société découlera de la seule possession du certificat et du document indiquant la cause de l'usufruit légal, qui se substituera à l'endossement ou à l'acte de cession.

Lorsque le certificat intérimaire incorpore une action nominative, titre à ordre, on peut imaginer qu'un tiers possesseur de bonne foi puisse acquérir un droit de propriété sur le certificat, dans l'éventualité où il aurait été endossé en blanc. Si tel n'est pas le cas, ou si l'on est en présence d'un titre nominatif, l'usufruitier n'est pas exposé à ce risque. Dans le premier cas, la bonne foi d'un acquéreur éventuel ne pourrait être invoquée du fait qu'il ne peut justifier d'un endossement le désignant comme bénéficiaire, et dans le second, la bonne foi de l'acquéreur ne peut de toute façon pas être protégée.

L'usufruitier légal n'a pas à se soucier de l'existence d'un titre d'action nul que la société aurait pu remettre à l'actionnaire. Le possesseur d'un tel titre ne pourrait pas lui contester l'acquisition régulière de ses droits, quand bien même il parviendrait à établir que le titre, malgré une apparence trompeuse, incorpore effectivement les droits d'actionnaire. Lorsque la constitution d'un usufruit légal a été notifiée à la société, il paraît difficile d'admettre que la

¹⁰³⁰ Art. 462 CC.

société ne doive pas respecter cet avis et puisse se fonder sur la seule présentation du titre. A notre avis, son comportement serait alors entaché de négligence grave, voire de dol ¹⁰³¹.

Les droits de l'usufruitier naissent indépendamment du fait qu'il ait pu obtenir la possession du titre ou non. Alors même que le titre serait introuvable, l'usufruitier a valablement acquis sa qualité. Seul l'exercice de ses droits peut être paralysé. L'usufruitier légal pourra éviter ce risque en demandant l'annulation du titre ¹⁰³², droit, rappelons-le, qui n'appartient pas seulement à son propriétaire, mais aussi à celui qui est au bénéfice d'un droit réel restreint ¹⁰³³. En procédant de la sorte, l'usufruitier évitera qu'un tiers de bonne foi ne fasse valoir un droit préférentiel sur le titre, en invoquant sa possession. Ce risque existe pour l'usufruitier lorsque son droit porte sur une action au porteur ou une action nominative endossée en blanc.

Lorsque le titre a été annulé par suite de perte ou de vol, l'usufruitier légal devra se laisser opposer par la société toutes les exceptions admissibles à l'égard de l'actionnaire, lorsque les droits de ce dernier étaient incorporés dans un titre à ordre ou au porteur. S'ils l'étaient, dans un titre nominatif, toutes les exceptions à l'égard des prédécesseurs seraient aussi admissibles.

G. L'EXTINCTION DE L'USUFRUIT

Les causes d'extinction de l'usufruit résultant de la loi ¹⁰³⁴. Normalement, l'usufruitier doit restituer ¹⁰³⁵ un papier-valeur dont il a reçu, seul ou conjointement avec le nu-propriétaire, la possession pour la durée de l'usufruit.

Cela n'est guère possible lorsque les droits d'actionnaire ne sont pas incorporés dans un papier-valeur. Aussi l'usufruitier devra-t-il, au lieu de restituer le titre, rétrocéder ses droits à l'actionnaire. Il le fera, comme pour l'engagement, par la conclusion d'un contrat de remise ¹⁰³⁶, qui permettra à l'actionnaire d'exiger la restitution du titre de preuve de sa qualité. En cas de refus, l'actionnaire dispose d'une action en constatation de droit portant sur l'extinction de l'usufruit.

L'usufruitier qui a payé le solde non versé de l'action peut réclamer une indemnité conformément aux dispositions sur la gestion d'affaires ¹⁰³⁷. Si l'actionnaire ratifie la mesure qu'il a prise, l'usufruitier peut exiger le remboursement du montant payé; dans le cas contraire, il ne peut procéder qu'au moyen d'une action en enrichissement illégitime ¹⁰³⁸.

¹⁰³¹ Art. 966 al. 2 CO.

¹⁰³² Art. 971 al. 2 CO.

¹⁰³³ Jäggi, Commentaire ad art. 971, 972 CO, note 114.

¹⁰³⁴ Art. 748 CC.

¹⁰³⁵ Art. 751 CC.

¹⁰³⁶ Art. 115 CO.

¹⁰³⁷ Art. 753 CC.

¹⁰³⁸ Koeferli, p. 82.

CHAPITRE IX

La déchéance de l'actionnaire

I. LES INTÉRÊTS TOUCHÉS

Les dettes de la société anonyme n'étant garanties que par l'actif social, il est primordial que le capital-actions soit entièrement versé. Pour atteindre ce but quelles que soient les circonstances, le législateur a prévu divers moyens. L'actionnaire peut naturellement être poursuivi en paiement du solde encore dû sur l'action. Lorsqu'il ne libère par son action, l'actionnaire peut être amené à payer des intérêts moratoires ¹⁰³⁹. De plus, il est possible de lui réclamer le paiement d'une peine conventionnelle lorsque les statuts le prévoient ¹⁰⁴⁰. Comme moyen le plus draconien, le législateur confère enfin à la société la faculté de déchoir l'actionnaire de son sociétariat.

S'agissant là d'une mesure grave qui pourra, le cas échéant, toucher d'autres personnes que le seul titulaire du sociétariat, cette procédure doit être entourée de toutes les garanties de régularité. Pour l'actionnaire, le prononcé de déchéance signifie la perte irrémédiable de son sociétariat avec toutes les conséquences qui en résultent, notamment la perte de son investissement dans la société.

A part l'actionnaire, la mesure de déchéance peut toucher le souscripteur d'une action. Celui-ci pourra être appelé à la libérer à la place de l'actionnaire, si la société est mise en faillite dans les deux ans de son inscription sur le Registre du commerce et que l'actionnaire est déclaré déchu de ses droits dans le même intervalle. Bien qu'applicable à l'action nominative ¹⁰⁴¹, la règle doit également s'étendre à l'action au porteur non intégralement libérée, étant admis que, en dehors de toute incorporation dans un titre au porteur, elle reste transmissible ¹⁰⁴². Sachant sa responsabilité engagée, le souscripteur de l'action peut avoir un intérêt à effectuer le paiement du montant appelé en libération en lieu et place de l'ayant cause, avant que celui-ci ne soit déchu de ses droits. Pour cela, il sera cependant nécessaire qu'il connaisse l'existence d'une procédure de déchéance et n'en soit pas informé seulement par l'avis de la société lui réclamant le solde non versé par l'actionnaire.

Non seulement un souscripteur qui n'est plus titulaire de la qualité d'actionnaire peut être intéressé à connaître l'existence d'une procédure de déchéance avant son aboutissement, mais encore d'éventuels futurs acquéreurs de l'action.

¹⁰³⁹ Art. 681 al. 1 CO.

¹⁰⁴⁰ Art. 681 al. 3 CO.

¹⁰⁴¹ Art. 687 al. 2 CO.

¹⁰⁴² *Supra*, pp. 140 ss.

Ceux-ci ont évidemment avantage à ne pas acquérir des actions qui s'avéreront finalement sans valeur après un prononcé de déchéance de l'aliénateur. Le sociétariat reste transmissible après l'ouverture d'une procédure de déchéance, jusqu'au jour où ce prononcé intervient effectivement. L'utilité de connaître une telle procédure est donc manifeste pour un acquéreur potentiel, d'autant plus que son recours contre l'actionnaire déchu de ses droits se heurtera souvent à l'insolvabilité de ce dernier.

La procédure de déchéance peut aussi affecter les intérêts d'un créancier gagiste, ou d'un usufruitier légal ou institué. Elle fait perdre au créancier gagiste le gage qu'il s'est constitué en prenant possession du titre ou, lorsque la qualité d'actionnaire n'a pas été incorporée dans un papier-valeur, par la signature d'un contrat de gage écrit ¹⁰⁴³. L'aboutissement d'une procédure de déchéance vide de sa substance l'objet de l'usufruit et met fin à un droit de gage ou à un droit de rétention exercé sur un papier-valeur émis par la société pour matérialiser le sociétariat de l'actionnaire.

Suivant l'importance du solde restant à verser et du montant de la couverture que les actions lui procurent pour sa créance, le créancier gagiste peut avoir intérêt à les libérer en lieu et place de son débiteur. Des considérations d'opportunité peuvent aussi inciter un usufruitier, désireux de ne pas perdre la jouissance des actions, à agir de la même façon. A la fin de l'usufruit, il pourra faire valoir un droit au remboursement du montant libéré puisque ce versement aura le caractère d'impenses ¹⁰⁴⁴ faites sur l'objet de son usufruit. Pour protéger l'exercice de ce droit, il bénéficiera, au besoin, d'un droit de rétention, lorsque la qualité d'actionnaire est incorporée dans un papier-valeur.

Ces brèves observations démontrent, si besoin en était, qu'outre le titulaire du sociétariat directement mis en cause, d'autres personnes peuvent subir par l'aboutissement d'une procédure de déchéance une atteinte à leurs intérêts dignes de protection. Il faudra en être conscient dans les développements de ce chapitre. Il semble que cet aspect de la question ait quelque peu été négligé, lorsque la doctrine s'est occupée de la procédure de déchéance.

* * *

II. LE PRINCIPE

A. LES DROITS D'ACTIONNAIRE NON INCORPORÉS DANS UN PAPIER-VALEUR

L'obligation d'acquitter le solde du prix de l'action naît avec la constitution de la société, ou l'inscription de l'augmentation du capital sur le Registre du

¹⁰⁴³ *Supra*, pp. 183 ss.

¹⁰⁴⁴ Art. 753 al. 1 CC.

commerce. La qualité d'actionnaire existe pleinement dès cet instant, indépendamment des titres qui peuvent être créés, ou qui ne le seront peut-être jamais. Il en est de même de l'obligation de libérer intégralement l'action. En aucun cas, l'actionnaire ne peut faire dépendre l'exécution de cette obligation de la délivrance d'un titre ¹⁰⁴⁵.

La doctrine admet ¹⁰⁴⁶ que des droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur peuvent faire l'objet d'une procédure de déchéance, en dépit du langage du législateur ¹⁰⁴⁷. Une solution différente restreindrait le champ d'application de cette procédure au point de la rendre inefficace. Les titres au porteur et certificats intérimaires au porteur ne peuvent être émis sous peine de nullité ¹⁰⁴⁸ avant la libération intégrale de l'action. L'actionnaire peut se trouver sans papier-valeur aussi longtemps que dure son sociétariat. Il serait impossible de recourir à la procédure de déchéance dans ces situations. Cela n'a pu être la volonté du législateur qui a repris de l'ancien Code ¹⁰⁴⁹ les dispositions de la procédure de déchéance, sans prêter attention au fait que l'interdiction d'émettre des actions au porteur non intégralement libérées ¹⁰⁵⁰ en nécessitait une modification ¹⁰⁵¹.

L'ouverture d'une procédure de déchéance ne porte pas atteinte à la faculté de l'actionnaire d'exiger de la société qu'elle lui délivre un titre, dès l'instant où il s'agit là d'un droit découlant de son sociétariat, intact jusqu'au jour de la déclaration de déchéance. Cela pourra être un simple titre de preuve, ou un papier-valeur lorsque son émission est possible. La société ne saurait refuser la délivrance du titre en arguant du fait qu'il y a un risque que l'action soit annulée. Elle doit compter sur l'éventualité que l'actionnaire s'acquitte en dernière minute de son obligation. En particulier, elle ne peut refuser la remise d'un titre à l'actionnaire sous prétexte que l'action n'est pas intégralement libérée, à moins qu'il ne s'agisse de titres au porteur ¹⁰⁵² ou que les statuts ne l'y autorisent ¹⁰⁵³. Les intérêts de la société sont suffisamment sauvegardés par le fait qu'un acquéreur de bonne foi d'une action annulée ne pourra être protégé, la procédure de déchéance étant instituée dans l'intérêt exclusif de la société.

¹⁰⁴⁵ Pestalozzi-Henggeler, p. 187.

¹⁰⁴⁶ Höchli, p. 32; Bürgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 19; Forrer, p. 375; Wettstein, p. 56.

¹⁰⁴⁷ L'art. 681 al. 2 CO présume en effet l'existence de titres d'action, puisqu'il prévoit l'émission de nouveaux titres en lieu et place des anciens titres annulés.

¹⁰⁴⁸ Art. 683 al. 2 CO, 688 al. 1 CO.

¹⁰⁴⁹ Art. 635 CO ancien.

¹⁰⁵⁰ Art. 683 CO.

¹⁰⁵¹ Cf. Lanz, SAG 1946/47 pp. 237 ss, notamment 239-240, résumant une conférence du professeur Carry prononcée au mois de mars 1947 devant la Société des juristes bâlois.

¹⁰⁵² Art. 683 al. 1 CO.

¹⁰⁵³ *Supra*, p. 79.

B. LES AUTRES CAS

La procédure de déchéance, dont le but est de priver l'actionnaire de sa qualité afin de permettre à la société de lui substituer un nouveau membre, pourra être déclenchée contre une personne à laquelle la société aurait délivré un certificat intérimaire, voire qui ne serait pas en possession d'un titre régulièrement émis.

Elle peut rendre sans objet une procédure d'annulation judiciaire du titre perdu ou détruit ¹⁰⁵⁴, mais inversement, une procédure d'annulation judiciaire n'arrêtera pas le déroulement d'une procédure de déchéance. L'objet de la première est la conservation des droits d'actionnaire à son titulaire légitime, alors que la seconde a pour but de le priver de ces mêmes droits lorsqu'il ne remplit pas son obligation de libérer l'action.

Un problème peut se poser, lorsqu'une procédure de déchéance met en cause un actionnaire titulaire d'un certificat d'actions. On peut alors imaginer que l'actionnaire essaie de sauver au moins une partie de sa participation incorporée dans le certificat en libérant certaines actions, mais pas la totalité.

La société devra alors annuler le certificat, mais elle ne pourra déchoir l'actionnaire que d'autant d'actions qu'il n'a pas libérées après sommation. Il est donc sans importance qu'il s'agisse d'un certificat divisible ou indivisible ¹⁰⁵⁵. La distinction aura cependant son importance lorsque l'actionnaire réclamera un nouveau certificat correspondant aux actions libérées, ou des titres individuels. La société devra accepter la demande dans l'hypothèse d'un certificat divisible, mais devra la refuser lorsque les statuts prévoient l'émission de certificats indivisibles. On arrive ainsi à ce résultat étrange d'un actionnaire titulaire d'actions qui ne peuvent être incorporées dans un papier-valeur.

L'actionnaire déchu d'une partie de ses actions pourra certes transférer celles qui lui restent, puisque la possession d'un titre n'est pas nécessaire à cet effet. Ce transfert ne présentera cependant aucun intérêt pour l'acquéreur dès l'instant où la société ne reconnaît que des certificats indivisibles comme moyen de légitimation à l'exercice des droits d'actionnaire. L'acquéreur ne pourra exercer des droits dans la société aussi longtemps qu'il n'a pas réussi à acquérir également la fraction d'actions dont le titulaire du certificat a été déclaré déchu.

Il est inutile d'insister sur les difficultés que la société rencontrera dans ce cas en essayant de trouver un nouveau preneur pour les actions annulées. Cela illustre une fois de plus les problèmes que font naître les certificats d'actions indivisibles, alors même qu'une base statutaire est exigée pour leur émission. Lors de l'élaboration de statuts, on sera bien inspiré de limiter l'émission de certificats indivisibles aux seules actions intégralement libérées.

Une constatation semblable s'impose d'ailleurs à propos du certificat incorporant les sociétariats de deux sociétés différentes, couramment désignées

¹⁰⁵⁴ Art. 971 CO ss.

¹⁰⁵⁵ Cf. *supra*, pp. 49 ss.

par action jumelée ¹⁰⁵⁶. L'actionnaire étant déchu de son sociétariat dans l'une des sociétés peut ne pas l'être dans l'autre, s'il a rempli dans celle-ci son obligation de libérer intégralement l'action. L'émission de certificats matérialisant un sociétariat dans deux sociétés différentes a pour but d'établir un lien indissoluble entre elles, que peut compromettre l'aboutissement d'une procédure de déchéance. L'institution de l'action jumelée devrait donc être réservée aux actions intégralement libérées.

* * *

III. LES MODALITÉS

A. LES DROITS D'ACTIONNAIRE NON INCORPORÉS DANS UN PAPIER-VALEUR

La déclaration de déchéance doit être précédée d'un appel du solde impayé de l'action. D'après la volonté du législateur, la forme de cet appel sera différente selon que le titulaire doit être privé d'une action au porteur ¹⁰⁵⁷, ou d'une action nominative ¹⁰⁵⁸.

La distinction ne peut être faite lorsque la société n'a pas émis de titres, puisque elle n'a de sens que lorsque les droits d'actionnaire sont incorporés dans des papiers-valeurs. Lorsque tel n'est pas le cas, le débiteur du solde non versé est toujours connu.

S'il s'agit de droits d'actionnaire pour lesquels une action nominative doit être émise, la société pourra se fier à l'inscription figurant sur le registre des actions. Si ce registre est inexistant, ou que des actions au porteur doivent être émises, le nom et l'adresse de l'actionnaire ressortiront, soit du procès-verbal de l'assemblée constitutive, soit éventuellement du bulletin de souscription et de la quittance de libération des actions, soit encore d'une attestation d'adjudication d'actions ¹⁰⁵⁹, lorsqu'il s'agit d'un souscripteur. S'il y a eu transfert des droits d'actionnaire, la déclaration de cession et l'acte de reprise de dette externe ou interne désigneront la ou les personnes auxquelles la société pourra réclamer solidairement le paiement du solde non versé de l'action ¹⁰⁶⁰.

C'est pourquoi il faut considérer que dans tous les cas où les droits de l'actionnaire ne sont pas incorporés dans un papier-valeur, la société doit

¹⁰⁵⁶ Cf. *supra*, p. 60.

¹⁰⁵⁷ Art. 682 al. 1 CO.

¹⁰⁵⁸ Art. 682 al. 2 CO.

¹⁰⁵⁹ Siegwart, Commentaire ad art. 644 CO, note 1.

¹⁰⁶⁰ *Supra*, pp. 153 ss.

adresser à l'actionnaire en demeure une sommation de payer, sous pli recommandé ¹⁰⁶¹. La publication de l'appel de versement dans la FOSC ne saurait se substituer à cette sommation pour les actions qui devront être incorporées dans des titres au porteur, attendu qu'elle repose sur la fiction que l'actionnaire a pris connaissance de l'appel de versement, ce qui n'est évidemment pas certain.

Bürgi et d'autres auteurs dont Carry ¹⁰⁶² préconisent comme exigence supplémentaire les trois publications dans la FOSC, prescrites par la loi pour les actions au porteur ¹⁰⁶³. On satisfait de cette façon à la lettre de la loi. L'opinion a été émise que ces publications n'étaient pas nécessaires ¹⁰⁶⁴ dès l'instant où le débiteur du solde non versé de l'action pouvait être atteint autrement, par un avis sous pli recommandé. Le professeur Folliet ¹⁰⁶⁵ a essayé de démontrer leur utilité en distinguant entre le cas où la société a émis des certificats intérimaires nominatifs pour des actions au porteur non intégralement libérées ¹⁰⁶⁶, et le cas où la société n'a pas émis de tels certificats. Il est d'avis que les éventuels certificats nominatifs pourraient avoir été transférés ¹⁰⁶⁷ à l'insu de la société, ce qui rendrait nécessaire le recours aux trois publications requises par la loi.

Nous ne pouvons partager cette opinion. Tout transfert de droits d'actionnaire non intégralement libérés suppose l'existence d'un contrat de reprise de dette interne ou externe ¹⁰⁶⁸. La sommation de payer doit donc être adressée à la, ou les personnes, répondant en vertu de cet acte du solde non versé de l'action. Peu importe que l'ancien actionnaire ait pu transférer son certificat à un tiers sans informer la société. Il reste tenu du solde non libéré, cette dernière n'ayant pas eu l'occasion de donner son accord à cette reprise de dette. Le détenteur du certificat intérimaire n'est ainsi pas nécessairement le seul débiteur du solde non versé. L'aliénateur connu de la société peut être solidairement responsable de ce paiement lorsque la société n'a pas consenti à une reprise de dette extinctive. L'ignorance du transfert du certificat est sans incidence sur l'obligation de libérer intégralement l'action. Ce n'est pas tant en raison des intérêts du débiteur du solde non versé que les publications dans la FOSC paraissent indispensables, mais pour protéger des tiers intéressés à éviter l'annulation d'une action qui n'aurait pas été intégralement libérée.

¹⁰⁶¹ Höchli, p. 21.

¹⁰⁶² Bürgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 28.

¹⁰⁶³ Art. 682 al. 1 CO.

¹⁰⁶⁴ Steiner, SAG 1945/46 pp. 205 ss, notamment 207.

¹⁰⁶⁵ ZSR 1951, pp. 32 ss, notamment 49.

¹⁰⁶⁶ Art. 688 al. 2 CO.

¹⁰⁶⁷ On ne saurait parler ici d'un « endossement » comme le fait le professeur Folliet, mode de transfert particulier aux papiers-valeurs et expressément exclu en l'occurrence par la disposition de l'art. 688 al. 2 CO.

¹⁰⁶⁸ *Supra*, pp. 153 ss.

Le cessionnaire qui ignore que les droits d'actionnaire ne sont pas intégralement libérés ne peut s'opposer à la procédure de déchéance. Le fait de connaître celle-ci en raison des publications peut lui permettre de se substituer éventuellement au débiteur du solde non versé. Une fois la déchéance prononcée, il n'aura pas d'autre moyen que d'intenter une action en dommages-intérêts au cédant de la qualité d'actionnaire, celui-ci étant garant de l'existence des droits cédés ¹⁰⁶⁹.

La procédure de déchéance a été instaurée dans l'intérêt de la société et, pour cette raison, il ne saurait exister ici une protection de la bonne foi ¹⁰⁷⁰ d'un acquéreur de droits d'actionnaire, d'autant plus que l'absence de libération intégrale des actions ressort de l'inscription sur le Registre du commerce. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit là d'un argument supplémentaire pour souligner l'utilité des publications dans la FOSC exigée par la loi pour les actions au porteur, alors même que l'actionnaire a pu être atteint par une communication sous pli recommandé. La procédure de déchéance est une mesure d'une gravité telle que la diffusion la plus large possible doit lui être réservée, afin de permettre à tout tiers intéressé de faire diligence pour maintenir le statu quo.

En préconisant la nécessité de procéder aux publications dans la FOSC pour les actions au porteur, alors même que l'actionnaire a pu être atteint, on aboutit certes à créer deux régimes différents de procédure de déchéance. Les tiers intéressés à éviter l'annulation de l'action sont prévenus de l'existence d'une procédure de déchéance, ou ne le sont pas suivant l'espèce d'actions émises par la société, ce qui peut paraître injustifié. A cela on pourra rétorquer que ce traitement différencié est voulu par le législateur.

Nous pensons que *de lege ferenda* il est indiqué d'étendre à la procédure de déchéance d'actions nominatives la nécessité des publications dans la FOSC. Celles-ci sont dans l'intérêt de la société, quelle que soit l'espèce d'actions émises. En l'occurrence, la société doit se laisser guider par la seule considération de pouvoir obtenir, en toutes circonstances, la libération intégrale du capital social.

B. LES AUTRES CAS

La régularité de la procédure de déchéance dépendra de la notification d'une sommation de payer adressée au débiteur du solde non versé, qui peut être non seulement la personne titulaire du certificat intérimaire ou du titre définitif, mais aussi l'aliénateur. Le ou les débiteurs du solde non versé ne seront jamais inconnus de la société, dès lors que le législateur interdit l'émission d'actions au porteur non intégralement libérées. Ils ne pourront se dérober à leurs obligations en alléguant que le certificat intérimaire a été cédé ou perdu.

¹⁰⁶⁹ Art. 171 al. 1 CO.

¹⁰⁷⁰ Höchli, p. 33.

Pour la régularité de la procédure de déchéance, les trois publications dans la FOSC sont également nécessaires lorsqu'un certificat intérimaire incorpore une action au porteur, alors même que le ou les débiteurs ont pu être atteints d'une autre façon. L'incorporation de la qualité d'actionnaire dans un papier-valeur ne modifie pas, à cet égard, la situation de tiers, tel un créancier gagiste ou un usufruitier, ou un futur acquéreur. Ils doivent être protégés non seulement pour eux-mêmes, mais aussi parce que cela est dans l'intérêt de la société.

L'acquéreur du certificat ne serait pas fondé à se plaindre de l'annulation de celui-ci, s'il n'a pas pris la précaution de notifier son acquisition à la société, ce qui impliquera une offre de reprise de dette extinctive de sa part. Lorsque cette offre n'aura pas été acceptée par la société, celle-ci pourra adresser la sommation de libérer le solde de l'action à l'aliénateur et à l'acquéreur du certificat, solidairement responsables ¹⁰⁷¹ à cet égard.

* * *

IV. LA DÉCLARATION DE DÉCHÉANCE ET SES EFFETS

A. LES DROITS D'ACTIONNAIRE NON INCORPORÉS DANS UN PAPIER-VALEUR

À l'expiration du délai d'un mois fixé à l'article 682 al. 1 CO, l'administration peut prononcer la déchéance de l'actionnaire en demeure. L'exercice de ce droit formateur doit être communiqué sous pli recommandé ¹⁰⁷² au(x) débiteur(s) du solde non versé. Cette communication du prononcé de déchéance est à la fois nécessaire et suffisante. Une publication dans la FOSC et en la forme prévue par les statuts n'est pas indispensable, car la sécurité des transactions n'est pas touchée lorsque la qualité d'actionnaire n'a pas été incorporée dans un papier-valeur ¹⁰⁷³.

L'actionnaire déchu assume-t-il l'obligation de restituer un titre de preuve de ses droits? La société de son côté doit-elle exiger cette restitution? Ces questions sont controversées en doctrine pour les droits d'actionnaire incorporés dans un papier-valeur ¹⁰⁷⁴. Elles sont d'un intérêt secondaire lorsque l'actionnaire ne détient qu'un titre de preuve. Le danger existe, certes, qu'après la déclaration de déchéance il remette le titre non restitué à un tiers. Il se prévaudrait ainsi indûment de la présomption créée par ce titre quant à sa

¹⁰⁷¹ Art. 143 CO.

¹⁰⁷² On appliquera par analogie l'art. 682 al. 2 CO.

¹⁰⁷³ Höchli, p. 45; Bürgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 33.

¹⁰⁷⁴ Bürgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 33 et ses références de doctrine.

qualité d'actionnaire. Mais comme il n'est pas un papier-valeur, son acquéreur éventuel doit savoir que sa possession n'est pas obligatoirement suffisante pour faire valoir les droits qu'il est censé certifier. La sécurité des transactions souffre ainsi dans une mesure moindre, que dans le cas où des papiers-valeurs représentant des actions annulées ne sont pas restituées à la société.

A notre avis, cela ne saurait cependant supprimer la nécessité pour la société de publier la déclaration de déchéance dans la FOSC et en la forme prévue par les statuts ¹⁰⁷⁵, lorsque l'actionnaire n'a pas restitué un titre de preuve à la société, malgré une sommation de cette dernière. Cela se justifie en raison de la présomption de l'existence du sociétariat que crée aussi un tel titre.

B. LES AUTRES CAS

La communication sous pli recommandé de la déclaration de déchéance à l'actionnaire n'est pas suffisante dans tous les cas lorsqu'un titre a été émis. Elle ne doit pas seulement être adressée à la personne qui, de bon droit, possède le titre, mais à celle(s) qui, aux yeux de la société, est/sont débitrice(s) du solde non versé de l'action.

La publication de la déclaration dans la FOSC et en la forme prévue par les statuts est nécessaire, si l'actionnaire ne restitue pas le titre régulièrement émis par la société ¹⁰⁷⁶, cela quelle que soit l'espèce de papier-valeur en circulation. Cette mesure n'a pas pour but d'éviter une acquisition de bonne foi d'un papier-valeur — de toute façon exclue, étant donné l'intérêt prépondérant de la société à une libération intégrale de son capital social — mais doit détruire l'apparence d'un titre d'action valable, en réalité annulé. Le titre nominatif est visé, aussi bien que le titre à ordre.

Il n'importera pas de savoir si l'actionnaire met de la mauvaise volonté pour restituer le titre ou si, au contraire, il n'est pas en mesure de le faire, parce qu'il ne peut disposer du titre. De même, la publication de la déclaration de déchéance n'est-elle pas rendue superflue par une procédure d'annulation judiciaire du titre, l'objet de celle-ci étant la conservation des droits d'actionnaire à son titulaire légitime.

L'omission de la publication aurait pour effet d'invalider la procédure de déchéance qui est régie par des dispositions de droit impératif ¹⁰⁷⁷. Le détenteur du titre non atteint par la communication de la déclaration de déchéance pourrait considérer que la qualité d'actionnaire lui est toujours incorporée. A cet égard, il serait sans importance que la société ait entre temps procédé à l'émission d'un nouveau titre, la bonne foi de la personne à laquelle il aurait été remis ne pouvant être protégée au détriment de l'actionnaire victime d'une procédure de déchéance irrégulière ¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ Art. 681 al. 2 CO.

¹⁰⁷⁶ Art. 681 al. 2 CO.

¹⁰⁷⁷ Höchli, p. 97; Wettstein, p. 55.

¹⁰⁷⁸ Wettstein, pp. 65-66.

V. L'UTILISATION DES DROITS DE L'ACTIONNAIRE DÉCHU

A. LES DROITS D'ACTIONNAIRE NON INCORPORÉS DANS UN PAPIER-VALEUR

Le but de la procédure de déchéance est de permettre, rappelons-le, la constitution intégrale du capital social. Le prononcé de la déchéance des droits est une étape qui doit obligatoirement aboutir à leur utilisation ultérieure en faveur d'un nouvel actionnaire. Il est sans importance que les droits d'actionnaire soient incorporés dans un papier-valeur ou non¹⁰⁷⁹. En d'autres termes, ces droits doivent trouver un nouveau souscripteur¹⁰⁸⁰.

La façon de procéder n'est pas fixée dans la loi¹⁰⁸¹. L'administration peut donc choisir entre une vente de gré à gré, une vente aux enchères publique ou privée¹⁰⁸², mais ne peut évidemment pas recourir à une vente en bourse, lorsqu'il s'agit de droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur.

Conformément au principe général admis pour l'aliénation de droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur, l'attribution des droits au plus offrant observera la forme de la cession. Il est d'autant plus nécessaire de respecter celle-ci que toute controverse, quant à la régularité de l'acquisition des droits du nouvel actionnaire, doit être évitée.

La loi prévoit une émission de nouvelles actions pour remplacer celles qui ont été annulées dans une procédure de déchéance¹⁰⁸³. Cette faculté est en réalité pour la société une obligation, à moins que les anciens titres lui aient été restitués, auquel cas ils peuvent être remis au nouvel actionnaire¹⁰⁸⁴. Elle s'explique par la présomption d'incorporation des droits de l'actionnaire dans un papier-valeur¹⁰⁸⁵. L'obligation de la société tombe lorsqu'un actionnaire qui n'a pas reçu de titre de la société est déclaré déchu de ses droits car, en réalité, la société n'assume qu'une obligation d'utiliser le mieux possible les droits de l'actionnaire déchu. Elle peut alors surseoir à l'émission du titre jusqu'au jour où le nouvel actionnaire exigera sa délivrance.

¹⁰⁷⁹ Bùrgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 49.

¹⁰⁸⁰ A dessein, nous n'entrerons pas dans la controverse qui s'est élevée quant au sort des droits d'actionnaire entre le prononcé de la déchéance et leur réalisation. Une opinion qu'on peut considérer comme dominante estime que la société acquiert le sociétariat de l'actionnaire déchu, d'autres auteurs sont d'avis que ces droits sont suspendus pendant cette période, cf. Bùrgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 47.

¹⁰⁸¹ Il en va autrement de l'utilisation ultérieure d'une part sociale de l'associé déchu de ses droits dans une Sàrl, cf. Art. 800 CO.

¹⁰⁸² Wettstein, p. 63; Bùrgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 53.

¹⁰⁸³ Art. 624 al. 1 CO, 681 al. 2 CO.

¹⁰⁸⁴ Bùrgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 50.

¹⁰⁸⁵ *Supra*, p. 33.

Ce dernier acquiert sa qualité à la date de l'établissement d'un acte de cession des droits. En admettant qu'au moment de la déclaration de déchéance, le sociétariat de l'ancien actionnaire passe à la société, il appartient à celle-ci de le signer.

Le nouvel actionnaire devient alors, le cas échéant, conjointement avec le souscripteur de l'action¹⁰⁸⁶, débiteur d'un solde non payé. Sa responsabilité ne s'étend cependant pas au montant appelé en libération, mais non versé le jour de l'acquisition de ses droits. L'actionnaire déchu et éventuellement le souscripteur originaire des droits d'actionnaire sont seuls responsables du paiement de cette différence¹⁰⁸⁷.

L'acquéreur pourra toujours réclamer à la société au moins un titre de preuve de ses droits, ne serait-ce que pour être en mesure de s'opposer à une contestation de la part de l'actionnaire déchu. Il ne sera pas indispensable que ce genre de titre porte les mêmes indications que l'ancien, dès l'instant où il ne s'agit pas d'un papier-valeur.

Sera-t-il judicieux d'indiquer sur le titre de preuve le montant jusqu'à concurrence duquel l'action est libérée ? Nous savons¹⁰⁸⁸ qu'un titre de preuve de la qualité d'actionnaire peut revêtir les formes les plus diverses, pourvu qu'il en ressorte la matérialité des faits. Si l'ancien titre de preuve indiquait la valeur nominale de l'action, ce qui est facultatif, ainsi que le montant libéré de celle-ci, pareille exigence devrait être maintenue pour le nouveau titre de preuve. On diminuera le risque qu'un acquéreur de droits d'actionnaire ne soit induit en erreur quant à l'obligation qui peut lui incomber de libérer le solde de l'action. En aucun cas, cependant le titre ne devra faire état d'une libération intégrale de l'action, alors qu'il n'en est en réalité pas ainsi.

B. LES AUTRES CAS

La société assume l'obligation d'émettre de nouveaux titres lorsque les droits de l'actionnaire étaient déjà incorporés dans un papier-valeur le jour du prononcé de la déchéance¹⁰⁸⁹. L'émission de nouveaux titres a alors pour but de détruire l'apparence de validité des anciens. Dans la mesure du possible, il convient d'éviter que des titres, qui en réalité n'incorporent plus la qualité d'actionnaire, ne circulent dans le public.

Si, en droit suisse, la société ne peut pas exercer une contrainte pour obtenir la restitution de titres annulés, il convient au moins de tout entreprendre pour leur ôter toute apparence de validité. Celle-ci serait plus grande encore si, après une première émission d'actions annulées, la société s'abstenait de

¹⁰⁸⁶ Art. 687 al. 2 CO, applicable par analogie à l'action au porteur, étant admis que celle-ci est transmissible, alors qu'elle n'est pas intégralement libérée, cf. *supra*, pp. 152 ss.

¹⁰⁸⁷ Art. 682 al. 3, 687 al. 2 CO.

¹⁰⁸⁸ Cf. *supra*, pp. 40 ss.

¹⁰⁸⁹ Art. 681 al. 2 CO.

remettre des papiers-valeurs aux nouveaux acquéreurs des droits d'actionnaire. Une obligation pour la société d'émettre des titres existe alors, contrairement au principe général qui veut que, sauf demande de l'actionnaire, la société soit libre de lui remettre ou non un titre matérialisant sa qualité.

Si les actions ne sont pas intégralement payées, les nouveaux titres indiqueront comme libéré le montant appelé par la société et non le montant effectivement versé ¹⁰⁹⁰, cela afin de ne pas avoir en circulation des actions libérées à des degrés différents et ainsi de ne pas porter atteinte à la sécurité des transactions ¹⁰⁹¹.

¹⁰⁹⁰ Il est possible que le nouvel actionnaire ait acquis l'action à un prix inférieur, la société n'assumant que l'obligation de faire souscrire par un nouvel actionnaire au meilleur prix possible les droits de l'actionnaire déchu.

¹⁰⁹¹ Bürgi, Commentaire ad art. 681, 682 CO, note 52.

CHAPITRE X

L'actionnaire dans l'exécution forcée

L'actionnaire qui, pour une raison ou pour une autre, est dépourvu de titres incorporant sa qualité peut s'interroger sur sa situation dans une exécution forcée dirigée contre lui. L'ensemble des dispositions légales touchant à celle-ci ayant nécessairement un effet limité au territoire de l'Etat qui l'ordonne, la réponse doit être différenciée suivant qu'une mainmise dudit Etat sur la qualité d'actionnaire est possible ou non.

I. L'IMPORTANCE DE LA NOTION DE PAPIER-VALEUR

Tous les biens mobiliers et immobiliers qui présentent une valeur pécuniaire et se trouvent à l'intérieur d'un Etat peuvent être sujets à sa mainmise lors d'une procédure d'exécution forcée. Parmi les objets faisant partie de la première catégorie, il faut mentionner tous les papiers-valeurs, sans restriction aucune, dès lors que le législateur les assimile à des choses mobilières¹⁰⁹² et que par définition ils incorporent des droits ayant une valeur économique¹⁰⁹³.

Il importe donc peu de savoir de quelle espèce de papiers-valeurs il s'agit, ni s'ils incorporent un droit de créance, un droit réel ou un sociétariat pas plus que n'est déterminant le lieu où le débiteur du titre a son siège, dès l'instant où les droits du créancier sont incorporés dans un titre.

Cette constatation souligne l'énorme importance que revêt dans l'exécution forcée la notion du papier-valeur illustrée par un récent arrêt du Tribunal fédéral¹⁰⁹⁴ et par les commentaires qu'en a donnés le professeur Patry¹⁰⁹⁵. Selon qu'il y a papier-valeur ou non, les possibilités d'exécution forcée seront différentes.

Cette procédure sera possible en Suisse pour des titres d'une société ayant son siège à l'étranger à condition qu'ils se trouvent en Suisse. En revanche, elle sera impossible lorsqu'il s'agit de titres d'une société suisse se trouvant à l'étranger. Tout dépend en définitive du lieu de situation du papier-valeur, si papier-valeur il y a, comme pour n'importe quelle autre chose mobilière.

¹⁰⁹² *Supra*, pp. 20 ss.

¹⁰⁹³ *Supra*, p. 17.

¹⁰⁹⁴ Arrêt Diskont und Handelsbank, du 10 août 1973, ATF 99 III pp. 18 ss, JT 1974 I pp. 103 ss.

¹⁰⁹⁵ Patry, SAG 1974 pp. 135 ss.

Comme aucun papier-valeur n'échappe à cette règle, elle est aussi valable pour le titre matérialisant le sociétariat de l'actionnaire, ou seulement un droit spécifique, telle sa créance en paiement du dividende, ou encore son droit préférentiel de souscription. Il ne peut être saisi ou séquestré au siège de la société, mais exclusivement au lieu où il se trouve ¹⁰⁹⁶.

Mais ceci ne signifie évidemment pas que toute saisie ou tout séquestre soit impossible dès l'instant où aucun titre n'existe. Il est un principe unanimement admis dans la jurisprudence et dans la doctrine que des droits ayant une valeur pécuniaire sont saisissables sous réserve des exceptions apportées par le législateur. Comme de tels droits doivent pouvoir faire l'objet d'une réalisation dans l'intérêt du créancier poursuivant au même titre que s'ils étaient incorporés dans un papier-valeur, il n'est guère possible de les localiser ailleurs qu'au domicile du titulaire de ces mêmes droits, à savoir celui du débiteur poursuivi, ou, à défaut d'un tel domicile en Suisse, ou d'un domicile fixe ou déterminable, au siège du tiers débiteur, la société émettrice des titres. Suivant que le siège de cette dernière se trouvera à l'intérieur de la Suisse, ou à l'étranger, les droits de l'actionnaire pourront faire l'objet d'une exécution forcée ou non.

La distinction à opérer entre l'émission et la non-émission de titres par la société aura ses répercussions lors de la saisie, du séquestre et de la réalisation de droits d'actionnaires, problèmes sur lesquels nous allons encore nous arrêter brièvement.

* * *

II. LA SAISIE

A. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur*

La loi fait obligation au débiteur d'indiquer à l'huissier saisissant tous les biens qu'il possède ¹⁰⁹⁷. Non seulement les biens corporels doivent être indiqués, mais également les créances et autres droits, ces derniers pour autant qu'ils présentent une valeur économique, dont la réalisation permettra au créancier de se faire payer.

¹⁰⁹⁶ Patry, Précis de Droit suisse des sociétés, p. 158.

¹⁰⁹⁷ Art. 91 LP.

Le sociétariat de l'actionnaire comprend à la fois des droits sociaux et des droits patrimoniaux. La jurisprudence¹⁰⁹⁸ et la doctrine¹⁰⁹⁹ considèrent que le seul fait de souscrire des actions fait naître des droits susceptibles d'être saisis.

La procédure pour la saisie de créances leur est applicable¹¹⁰⁰. La société doit être avertie de la saisie¹¹⁰¹. Celle-ci peut se limiter à un dividende échu, alors même qu'il n'est pas incorporé dans un coupon¹¹⁰². Ce n'est pas l'émission de coupons qui sépare la créance de dividende des autres droits de l'action, mais la décision de l'assemblée générale d'en décider le paiement.

L'Office des poursuites doit saisir en premier lieu les biens meubles, créances et objets de valeur courante¹¹⁰³. Les titres au porteur et autres papiers-valeurs font partie de cette catégorie¹¹⁰⁴, parce qu'il s'agit de valeurs facilement réalisables. Lorsque les droits de l'actionnaire ne sont pas incorporés dans un papier-valeur, ces droits sont, en principe, plus difficiles à réaliser. A tort ou à raison, leur acquéreur répugnera à ne pas recevoir un papier-valeur matérialisant ses droits, lorsqu'il s'agit de droits dont l'incorporation dans un titre est courante, ce qui est le cas des droits d'actionnaire. Leur vente se fera toujours sans garantie de l'Office. La société peut objecter que les droits d'actionnaire saisis n'appartenaient pas à la personne à l'encontre de laquelle cette mesure a été ordonnée.

L'ordre de priorité doit être différent pour la saisie de droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un titre. De ce fait, plus difficilement réalisables encore que de simples créances, ils ne devraient être saisis qu'au cas où il n'existe pas d'autres biens meubles.

Dans l'intérêt d'une réalisation entourée de toutes les garanties possibles, l'Office doit inviter le débiteur à se faire délivrer par la société un titre de preuve de ses droits, s'il n'en possède pas. La société ne pourra se dérober à cette obligation¹¹⁰⁵. Rappelons que l'actionnaire possède un droit acquis absolu¹¹⁰⁶ à disposer d'un moyen de preuve de sa qualité.

On peut même se demander si l'Office ne doit pas aller jusqu'à exiger du débiteur qu'il se fasse délivrer par la société un titre sous forme de papier-valeur, lorsque cela est possible. S'agissant d'une prérogative attachée à son sociétariat qui lui appartient jusqu'au jour de la réalisation des droits qui en découlent, seul l'actionnaire peut exercer ce droit. Nous estimons que l'Office

¹⁰⁹⁸ Cour d'appel de Zurich, du 19 février 1948, Bl. Zü 1949 pp. 225 ss, notamment 227, Arrêt dans la cause Weill, du 30 mai 1951, ATF 77 III pp. 87 ss, JT 1952 II pp. 47 ss.

¹⁰⁹⁹ Cf. von Steiger, SAG 1936/37 pp. 54 ss.

¹¹⁰⁰ Arrêt précité ATF 77 III pp. 87 ss, notamment 91, JT 1952 II pp. 47 ss.

¹¹⁰¹ Art. 99 LP.

¹¹⁰² Von Steiger, SAG 1936/37 pp. 54 ss, notamment 56.

¹¹⁰³ Art. 95 al. 1 LP.

¹¹⁰⁴ Jaeger, Commentaire ad art. 95 LP, note 1.

¹¹⁰⁵ Dans ce sens également von Steiger, Société anonyme, p. 27

¹¹⁰⁶ *Supra*, pp. 66 ss.

ne peut exercer une contrainte sur lui en exigeant qu'il demande un titre à la société, car il ne saurait exister une obligation d'exercer un droit. Encore moins l'Office ne peut-il lui-même intimer l'ordre à la société de créer le titre. Cela faisant, il dépasserait ses compétences¹¹⁰⁷. Il convient cependant de ne pas oublier que l'actionnaire a un intérêt direct au résultat de l'exécution forcée. De ce fait, il est probable qu'il se montrera disposé à demander à la société la délivrance d'un titre, lorsque cela sera possible.

La saisie s'accompagne de mesures de sûreté. Ainsi, l'Office avisera la société que dorénavant elle ne pourra plus s'acquitter qu'entre ses mains¹¹⁰⁸ des prestations destinées à l'actionnaire. Cela inclut évidemment aussi l'émission d'un titre par la société durant la saisie.

La loi exige que des titres au porteur et à ordre soient placés sous la garde de l'Office¹¹⁰⁹. Cette disposition peut-elle, ou doit-elle être également appliquée aux titres de preuve que l'actionnaire posséderait en lieu et place de papier-valeurs, voire à la quittance de libération dont il disposerait ? En ce qui concerne le tiers débiteur, la société, ce dépôt n'est pas indispensable, du fait que l'avis de saisie suffit pour rendre la saisie effective à l'égard de la société. L'Office des poursuites devrait néanmoins prendre de tels documents sous sa garde, afin de prévenir un usage abusif.

Dans une procédure de faillite, il en a la possibilité puisque la loi¹¹¹⁰ prescrit que l'Office doit prendre sous sa garde, en plus des objets de valeur, argent comptant, comptabilité, etc., les actes de quelque importance, qualité qui doit être reconnue aux titres de preuve.

Cela est plus discutable lors d'une saisie de droits d'actionnaire. Les actes de quelque importance n'étant mentionnés nulle part, le terme « autres biens meubles » doit être interprété extensivement¹¹¹¹. Cela paraît admissible en l'occurrence, puisque la loi ne contient pas de disposition spéciale pour la saisie et la réalisation de droits de nature à la fois patrimoniale et sociale, tels des droits d'actionnaire.

Lorsque l'Office prend sous sa garde des titres de preuve de droits d'actionnaire¹¹¹², il évite des difficultés pouvant surgir le jour où ils doivent être réalisés. Le débiteur ne pourra prétexter leur perte dans le but de repousser la vente. Il ne faut pas perdre de vue que si ces titres contiennent des clauses de présentation ou de légitimation, la société pourra refuser l'exercice des droits d'actionnaire aussi longtemps que le titre ne lui est pas présenté. Sans titre, l'adju-

¹¹⁰⁷ Arrêt dans la cause Weill, du 30 mai 1951, ATF 77 III pp. 87 ss, notamment 91, JT 1952 II pp. 47 ss.

¹¹⁰⁸ Art. 99 LP.

¹¹⁰⁹ Art. 98 al. 1 LP. S'il n'en était pas ainsi, les acquéreurs de tels titres qui ignorent de bonne foi la saisie seraient protégés dans leur acquisition.

¹¹¹⁰ Art. 223 al. 2 LP.

¹¹¹¹ Art. 98 al. 2 LP.

¹¹¹² Von Steiger, SAG 1936/37 pp. 54 ss, étend cette possibilité à tout document pouvant certifier d'une manière ou d'une autre l'existence de droits d'actionnaire du débiteur.

dicataire ne pourra obtenir le paiement du dividende ni, d'une manière générale, se légitimer.

En prenant sous sa garde des titres de preuve, l'Office diminue, sans toutefois l'exclure, le risque que le débiteur-actionnaire dispose indûment de ses droits dans l'intervalle s'écoulant entre la saisie et la réalisation. Le débiteur n'aura désormais plus la possibilité de bénéficier de la présomption d'ayant-droit que créent aussi de tels titres, par exemple, pour mettre ses droits en gage ¹¹¹³. Certes, le créancier gagiste, même de bonne foi, ne pourrait valablement acquérir les droits du débiteur-actionnaire, non autorisé à en disposer, aussi longtemps qu'ils ne sont pas incorporés dans un titre au porteur ou à ordre ¹¹¹⁴. Cela aggraverait néanmoins la situation du créancier qui est confronté à un risque de procès.

S'il est donc exclu que de tels droits échappent à la saisie par un procédé malhonnête du débiteur-actionnaire, le fait de laisser de tels titres dans la maîtrise du débiteur faciliterait néanmoins des manœuvres frauduleuses. La possibilité de pouvoir recevoir des titres en bonne et due forme — fussent-ils de simples titres de preuve — induirait un acquéreur éventuel des droits d'actionnaire plus facilement en erreur. C'est pourquoi il faut exiger que l'Office les prenne sous sa garde comme des papiers-valeurs.

2. *Le certificat intérimaire*

Lorsqu'un certificat intérimaire a été émis, les droits d'actionnaire qu'il incorpore ne peuvent plus être saisis séparément, dès l'instant où nous avons admis qu'il s'agit d'un papier-valeur. Ce principe s'applique à tous les certificats intérimaires matérialisant temporairement une action nominative ou au porteur non intégralement libérée. C'est le certificat lui-même qui doit être saisi et non plus les droits d'actionnaire eux-mêmes dès l'instant où l'actionnaire en a pris possession, ou a été mis en demeure de le faire.

Le certificat intérimaire incorporant une action nominative non intégralement libérée entre dans la catégorie des titres que l'Office doit prendre sous sa garde ¹¹¹⁵, puisqu'en règle générale il s'agira d'un titre à ordre ¹¹¹⁶. En serait-il de même d'un certificat intérimaire incorporant une action au porteur non intégralement libérée, bien que la loi ne mentionne pas le titre nominatif? En dépit du texte légal, pareille mesure nous semble aussi applicable à la saisie de cette espèce de titre ¹¹¹⁷, puisqu'un tel certificat est un papier-valeur. Le silence du législateur sur ce point est dû au fait qu'à l'époque de la promulgation de

¹¹¹³ Jäggi, Commentaire ad art. 965 CO, note 324.

¹¹¹⁴ Avec raison, Jaeger, Commentaire ad art. 96 LP, note 7, relève-t-il que les droits des tiers de bonne foi ne sont protégés par la loi (Art. 96 al. 2 LP) que selon les règles de la possession, Contra, Gauthier, SJ 1970 pp. 385 ss, notamment 390 qui aimerait protéger le cessionnaire de bonne foi d'une créance ayant ignoré la saisie de celle-ci.

¹¹¹⁵ Art. 98 al. 1 LP.

¹¹¹⁶ Art. 688 al. 3 CO.

¹¹¹⁷ Bruderer, p. 118.

la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, qui date, rappelons-le, de 1889, les titres nominatifs n'avaient pas rang de papiers-valeurs. Avec raison, le professeur Patry a fait remarquer que pour être en harmonie avec la révision du Code des obligations qui admet la possibilité d'émettre des titres nominatifs ayant la qualité de papiers-valeurs, les art. 98 et 99 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite devraient être modifiés ¹¹¹⁸.

Pour opérer la saisie, il ne suffira donc pas que la société émettrice du titre nominatif reçoive un avis de saisie; l'Office devra prendre le titre sous sa garde. Ce faisant, il empêchera le débiteur de disposer de sa qualité d'actionnaire au détriment de son créancier.

3. *Le certificat d'actions*

Le certificat d'actions est, en règle générale, un papier-valeur, aussi l'Office devra-t-il saisir le certificat lui-même et le prendre sous sa garde, alors même que le certificat a la forme d'un titre nominatif ¹¹¹⁹.

Lorsque la créance mise en poursuite est notablement inférieure à la valeur du certificat d'actions, on reconnaîtra à l'actionnaire-débiteur la faculté de demander à la société la division du certificat, dans les cas où cela sera possible. L'échange du certificat divisible contre des titres individuels se fera entre la société et l'Office, sous peine de faire tomber la saisie. Les titres unitaires qui ne seront pas nécessaires à la couverture du créancier seront restitués à l'actionnaire-débiteur.

Contre une décision de l'Office des poursuites, refusant d'autoriser la division du certificat d'actions, l'actionnaire-débiteur peut, à notre avis, porter plainte à l'autorité cantonale de surveillance. L'étendue de la saisie à opérer pour garantir le paiement d'une créance étant une question d'appréciation et partant l'opportunité d'opérer une division du certificat, cette autorité en décidera en dernière instance ¹¹²⁰.

B. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre nul*

Les droits d'actionnaire n'étant pas valablement incorporés dans le titre, l'Office ne peut pas se contenter de saisir celui-ci. La saisie sera effectuée de la même manière que pour les droits d'actionnaire pour lesquels la société n'a pas encore émis des titres ¹¹²¹, et la procédure applicable sera la même que pour la saisie de créances.

¹¹¹⁸ Patry, SAG 1974 pp. 135 ss, notamment 136.

¹¹¹⁹ Bruderer, p. 118, pense que la notification de la saisie au tiers débiteur, en l'occurrence la société, conformément à l'art. 99 LP, ne peut pas être évitée pour autant au vu de la rédaction de la loi.

¹¹²⁰ Jaeger-Daeniker, Commentaire ad art. 97 LP, note 2; Fritzsche, t. 1, p. 169.

¹¹²¹ *Supra*, pp. 234 ss.

Il se pourrait qu'on se trouve en présence d'un cas limite, où la nullité du titre prête à discussion. Pour ne pas avoir de surprise lors de la réalisation des droits d'actionnaire, il sera alors indiqué que l'Office des poursuites, indépendamment de l'avis de saisie qu'il devra adresser à la société ¹¹²², prenne également sous sa garde le titre dont la qualité de papier-valeur est douteuse. La saisie sera valablement effectuée, que le titre soit un papier-valeur ou non. Sa seule mise sous la garde de l'Office ne déploiera aucun effet, lorsque les droits d'actionnaire n'ont pas été incorporés dans un titre, tout comme l'avis de saisie sera dépourvu d'effet pour un tiers de bonne foi, lorsque le titre est un papier-valeur. La double mesure est particulièrement indiquée lorsqu'il s'agit d'un titre au porteur. Plus un titre est destiné à circuler dans le public, plus le danger croît que, par suite d'une acquisition de bonne foi, le légitime titulaire perde ses droits sur lui ¹¹²³.

2. *Le titre non disponible*

Il arrive parfois que l'Office des poursuites soit requis de saisir des papiers-valeurs auprès d'un débiteur-actionnaire ou de tiers, prétendant ne pas en avoir la disposition par suite de perte ou de vol.

Pareils arguments n'excluent pas une saisie de ces valeurs ¹¹²⁴. Cependant, il sera nécessaire d'entamer une procédure d'annulation judiciaire ¹¹²⁵ des titres avant qu'une réalisation des droits d'actionnaire ne puisse être envisagée ¹¹²⁶. Elle déterminera si les titres ont été réellement perdus, auquel cas ils seront annulés, ou s'ils ont été acquis par des tiers de bonne foi, dont les droits feront alors échec à la saisie.

Lorsque le débiteur-actionnaire est en faillite, la qualité pour agir en vue d'obtenir une annulation des titres incombe à la masse, le débiteur étant privé de l'administration de tous ses biens ¹¹²⁷. S'agissant d'un débiteur poursuivi par voie de saisie, l'Office doit prendre les mesures nécessaires pour la conservation des droits saisis ¹¹²⁸. La procédure d'annulation d'un titre a le caractère d'une telle mesure. Elle a pour but de conserver à l'ayant droit dessaisi d'un papier-valeur les droits qu'il incorpore. Aussi la qualité de l'Office pour engager une telle procédure doit-elle être admise. L'intérêt des créanciers saisissants exige impérieusement une telle solution, faute de quoi ils seraient exposés au

¹¹²² Art. 99 LP.

¹¹²³ Pfister, p. 111.

¹¹²⁴ Cudkovicz, pp. 113-114.

¹¹²⁵ Art. 971 ss, 977, 981 ss, 1152 al. 2 CO.

¹¹²⁶ La perte d'un titre de preuve simple ou comportant une clause de présentation ou de légitimation n'aurait pas d'effet pour la suite de l'exécution forcée.

¹¹²⁷ Art. 204 LP.

¹¹²⁸ Art. 100 LP.

risque que les droits matérialisés dans le titre leur échappent à jamais en raison d'une acquisition par un tiers de bonne foi ¹¹²⁹.

L'actionnaire-débiteur ne peut s'opposer à la décision de l'Office d'entamer cette procédure. A supposer qu'il paie sa dette avant la date fixée pour la réalisation de ses droits, l'Office devra lui restituer le titre de remplacement que la société aura éventuellement délivré entre-temps.

3. *Le titre perdu ou volé, et annulé*

Avant la délivrance d'un titre de remplacement, la saisie s'opère selon les principes évoqués à propos de droits d'actionnaire qui n'ont pas encore été incorporés dans un titre; un avis de saisie sera adressé à la société ¹¹³⁰.

Après la délivrance d'un titre de remplacement, la société n'a plus à tenir compte d'un tel avis. Tout titre qui serait émis alors que les droits auraient été saisis ne peut évidemment être délivré qu'à l'Office des poursuites.

Il est dans l'intérêt de l'actionnaire-débiteur que la réalisation forcée porte sur un papier-valeur et non, seulement, sur des droits qui ne sont plus revêtus d'une forme corporelle. En raison de la négociabilité accrue d'un papier-valeur et de l'inaopposabilité des exceptions qui en résulte pour l'acquéreur, lorsqu'il s'agit d'un titre au porteur ou à ordre, le produit de la vente de droits d'actionnaire incorporés dans un titre sera vraisemblablement plus élevé — toutes autres conditions étant égales — que sans cette incorporation. Pour le titre nominatif cette constatation reste valable bien que, dans une moindre mesure, en dépit de l'absence de protection de l'acquéreur de bonne foi, la certitude de posséder un papier-valeur renforce la situation de l'enchérisseur à l'égard de la société.

* * *

III. LE SÉQUESTRE

A. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur*

Le créancier d'un actionnaire peut, sous certaines conditions, faire séquestrer les biens de son débiteur. Cette mesure peut frapper non seulement des biens corporels, mais également les créances et droits d'actionnaire ¹¹³¹.

¹¹²⁹ Cela peut être le cas pour les titres au porteur et à ordre, mais ne peut se produire pour les titres nominatifs, alors même qu'ils seraient munis d'une déclaration de cession en blanc, cf. *supra*, p. 101.

¹¹³⁰ Art. 99 LP.

¹¹³¹ Arrêt dans la cause Weill, du 30 mai 1951, ATF 77 III pp. 87 ss, JT 1952 II pp. 47 ss, notamment 50-51.

La mesure est ordonnée par l'autorité du lieu où se trouvent les biens à séquestrer ¹¹³². Comme les droits d'actionnaire n'ont pas reçu de forme corporelle, on ne peut parler d'un lieu de situation de ces droits. Par analogie avec le titulaire d'une créance, l'autorité du domicile de l'actionnaire est compétente pour autoriser le séquestre de ses droits ¹¹³³. Si le débiteur actionnaire n'a pas de domicile en Suisse, le séquestre pourra être ordonné par l'autorité du lieu du siège de la société ¹¹³⁴. Aussi longtemps donc que des droits d'actionnaire dans une société suisse n'ont pas été incorporés dans un papier-valeur, ils pourront toujours être séquestrés en Suisse, où se trouve leur titulaire.

Le séquestre sera exécuté suivant les formes prescrites pour la saisie ¹¹³⁵. L'autorité chargée de son exécution déclarera au débiteur ou à son représentant que les droits découlant de sa qualité d'actionnaire sont séquestrés, et en informera simultanément la société ¹¹³⁶. Nous pensons que l'Office devrait prendre sous sa garde d'éventuels titres de preuve des droits d'actionnaire émis par la société ¹¹³⁷.

2. Le certificat intérimaire

L'incorporation des droits dans un papier-valeur empêche qu'ils puissent être séquestrés en dehors du titre ¹¹³⁸. En tant que papier-valeur, il ne peut être séquestré qu'au lieu de sa situation ¹¹³⁹. Cela est également valable à l'égard d'un certificat intérimaire incorporant des droits d'actionnaire dont le transfert est soumis à l'agrément de la société ¹¹⁴⁰, puisque sa nature juridique de papier-valeur n'est, de ce fait pas affectée, qu'il ait la forme d'un titre à ordre ou nominatif. En vertu du principe de la territorialité applicable dans l'exécution forcée ¹¹⁴¹, un certificat intérimaire ne peut donc être séquestré que pour autant qu'il se trouve en Suisse. Le domicile de la personne qui peut effectivement disposer du certificat est sans importance, seul son lieu de situation est décisif ¹¹⁴².

¹¹³² Art. 272 LP.

¹¹³³ Cf. Arrêt Schuepbach, du 3 février 1949, ATF 75 III pp. 25 ss, JT 1950 II pp. 21 ss; arrêt Luck, du 2 février 1950, ATF 76 III pp. 18 ss, JT 1951 II pp. 9 ss.

¹¹³⁴ Arrêt Luck, du 2 février 1950, ATF 76 III pp. 18 ss, JT 1951 II pp. 9 ss; arrêt Schweizerischer Bankverein et Kauf, du 25 octobre 1954, ATF 80 III pp. 122 ss, JT 1955 II pp. 115 ss.

¹¹³⁵ Art. 275 LP.

¹¹³⁶ Art. 99 LP.

¹¹³⁷ Cf. *supra*, pp. 236 ss; cf. aussi Jaeger-Daeniker, Commentaire ad art. 95 LP, note 1.

¹¹³⁸ Arrêt Darier et C^{ie}, du 29 septembre 1952, ATF 98 III pp. 74 ss, SJ 1973 pp. 263 ss, notamment 267, JT 1973 II pp. 98 ss.

¹¹³⁹ Arrêt Diskont und Handelsbank, du 10 août 1973, ATF 99 III pp. 18 ss, JT 1974 I pp. 103 ss, notamment 105.

¹¹⁴⁰ Cf. Arrêt Beta Holding SA, du 26 mai 1966, ATF 92 III pp. 24 ss, JT 1966 II pp. 51 ss, notamment 57.

¹¹⁴¹ Fritzsche, t. 2 p. 213.

¹¹⁴² Arrêt Vetania Trust Reg. contre Lloyds Bank (Foreign) Ltd., du 11 mai 1964, ATF 90 II pp. 158 ss, notamment 162, cf. au sujet de cette jurisprudence, Kleiner, SJZ 1968 pp. 211 ss, Huber, SJZ 1969 pp. 149 ss, Gautschi, SJZ 1969 pp. 249 ss.

3. *Le certificat d'actions*

Les mêmes principes s'appliquent au certificat d'actions dès l'instant où il s'agit d'un papier-valeur. Le juge du lieu où se trouve le certificat d'actions est compétent pour ordonner le séquestre quel que soit le domicile de l'actionnaire débiteur, ou de la société débitrice du titre. Le séquestre du certificat d'actions ne sera pas affecté par une éventuelle dissolution de la société, aussi longtemps que la liquidation n'aura pas été close. Les parts de liquidation étant incorporées dans le certificat, elles ne peuvent être séquestrées séparément du titre ¹¹⁴³.

B. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre nul*

Le séquestre d'un titre qui n'incorpore pas les droits d'actionnaire ne déploie aucun effet à l'égard de ceux-ci. Peu importe que le titre nul en tant que papier-valeur puisse tout de même encore constituer un titre de preuve de la qualité d'actionnaire. Le séquestre d'un titre d'action au porteur représentant une action non intégralement libérée est de nul effet. De tels droits d'actionnaire doivent, selon une jurisprudence constante, être séquestrés, soit au domicile de leur titulaire, soit à défaut d'un tel domicile en Suisse, ou tout simplement d'un domicile fixe ou déterminable, au siège du tiers débiteur, c'est-à-dire de la société.

Lorsque la nullité du papier-valeur peut prêter à discussion, le créancier devra agir à la fois au lieu où se trouve le titre et par-devant l'autorité compétente du domicile de l'actionnaire débiteur, voire éventuellement, lorsque cela n'est pas possible, au siège de la société. L'autorité de poursuite aura alors à trancher à titre préjudiciel, si les droits d'actionnaire sont incorporés dans le titre ou non.

2. *Le titre non disponible*

Un titre peut être séquestré pour autant qu'il se trouve au lieu indiqué dans l'ordonnance de séquestre. S'il n'y est pas, le séquestre n'a pas porté.

Cette solution n'est pas satisfaisante, lorsque le débiteur allègue la perte ou la destruction du titre. Le séquestre étant exécuté suivant les modalités prévues pour la saisie, la notification du séquestre au débiteur lui fait perdre le pouvoir de disposer du titre. Le débiteur n'aura plus qualité pour engager ou continuer une procédure d'annulation du titre.

¹¹⁴³ Arrêt de la Cour de Justice de Genève, Dame et Sieur el Gindi, du 19 janvier 1973, SJ 1973 pp. 284 ss, arrêt Mantello, du 22 décembre 1962, 88 III pp. 140 ss, JT 1963 II pp. 47 ss.

3. *Le titre perdu ou volé, et annulé*

Lorsque la qualité d'actionnaire a été séparée du titre émis par la société, ce sont les principes exposés à propos de l'actionnaire dont les droits ne sont pas encore incorporés dans un papier-valeur qui s'appliqueront. Après l'exécution du séquestre, la société devra obligatoirement remettre un titre de remplacement à l'autorité de séquestre. En ne prêtant pas attention à l'existence du séquestre, et en remettant ainsi le titre à l'actionnaire, la société s'exposera à une action en dommages-intérêts. Elle ne pourra évidemment pas être obligée d'émettre un second titre, parce qu'elle créerait ainsi des actions en surnombre dans la mesure où les titres remis à l'actionnaire ne peuvent être récupérés.

* * *

IV. LA RÉALISATION DES DROITS

A. LA SOCIÉTÉ N'A PAS ÉMIS DE TITRES

1. *Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur*

a) *Après saisie*

La loi opère une distinction entre la réalisation de meubles et d'immeubles, en faisant rentrer dans la première catégorie également les créances¹¹⁴⁴. Par meubles, au sens de cette disposition, il faut entendre l'ensemble des objets présentant une valeur économique et qui ne rentrent pas dans l'énonciation de l'art. 655 CC.

Le législateur ne mentionne pas la catégorie des autres droits, comme il le fait à propos de la saisie. Cela a donné lieu à diverses interprétations quant au mode de réalisation de droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur. A. Wieland¹¹⁴⁵ défend l'opinion que le mode ordinaire¹¹⁴⁶ n'est pas applicable à la réalisation de tels droits et préconise le recours au mode de

¹¹⁴⁴ Art. 122 LP.

¹¹⁴⁵ SAG 1948/49 pp. 141 ss, notamment 154.

¹¹⁴⁶ Art. 122 LP.

réalisation prévu en cas d'indivision ¹¹⁴⁷. Il appartiendrait donc à l'Autorité de surveillance de fixer de cas en cas leur mode de réalisation, ce qui, toujours selon Wieland, serait particulièrement judicieux, lorsqu'il s'agit de réaliser des droits d'actionnaire dont le transfert est soumis à l'agrément de la société. Von Steiger ¹¹⁴⁸ se prononce contre cette solution en invoquant une lacune dans la loi. Cette solution ne saurait être adoptée chaque fois que le législateur semble ne pas avoir réglé un problème. En l'occurrence, il ne faut pas perdre de vue que la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite est une loi ancienne, dont la précision dans la terminologie laisse parfois à désirer. Nous pensons que c'est par pure inadvertance rédactionnelle que les termes « autres droits » ne figurent pas à l'art. 122 LP. Cette hypothèse est d'autant plus plausible que l'utilisation des mêmes termes n'aurait autrement pas de sens dans la rédaction de l'art. 99 LP.

Nous pensons donc que l'art. 122 LP doit s'appliquer à la réalisation forcée de droits d'actionnaire pour lesquels la société n'a pas émis de papiers-valeurs, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la création du droit par le juge. La procédure de réalisation des droits d'actionnaire aura lieu dans une vente aux enchères publiques ¹¹⁴⁹, tout comme celle de titres incorporant lesdits droits. Une vente de gré à gré ne paraît admissible qu'à condition de réunir l'accord de tous les intéressés ¹¹⁵⁰, c'est-à-dire de tous les créanciers et du débiteur ¹¹⁵¹.

Suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral ¹¹⁵², l'adjudication n'est pas un acte juridique privé, mais une mesure relevant du droit public. Il en résulte que l'adjudicataire des droits d'actionnaire ne peut pas exiger de l'Office un acte de cession desdits droits. Il se légitimera à l'égard de la société par la présentation d'une copie du procès-verbal d'adjudication. L'adjudicataire pourra exiger de la société qu'elle lui délivre un titre d'action ayant la qualité de papier-valeur lorsque les statuts de la société n'excluent pas son émission ¹¹⁵³. Il risque toutefois, comme n'importe quel autre cessionnaire de droits d'actionnaire, que la société lui oppose toutes les exceptions dont elle dispose à l'égard de ses prédécesseurs.

Les droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur peuvent-ils être cédés en paiement, autre mode de réalisation prévu par la loi ? ¹¹⁵⁴ Ils ne sont pas nécessairement assimilables à des créances. Parmi les

¹¹⁴⁷ Art. 132 LP.

¹¹⁴⁸ SAG 1936/37 pp. 54 ss, notamment 56.

¹¹⁴⁹ Art. 125 LP.

¹¹⁵⁰ Art. 130 chif. 1 LP.

¹¹⁵¹ Fritzsche, t. 1, p. 284.

¹¹⁵² Arrêt Eheleute Apel contre Allgemeinen Konsumverein Bâle, du 11 septembre 1918, ATF 44 II pp. 362 ss, notamment 370.

¹¹⁵³ *Supra*, pp. 83 ss.

¹¹⁵⁴ Art. 131 al. 1 LP.

objets auxquels peut s'appliquer cette procédure, on ¹¹⁵⁵ mentionne les livrets d'épargne, les actions et obligations, les créances de salaire. La nature des droits d'actionnaire n'étant pas altérée par le fait qu'ils ne sont pas incorporés dans un papier-valeur, nous pensons que cette particularité n'empêche pas qu'ils puissent être cédés en paiement.

b) Après faillite

La réalisation des droits d'actionnaire s'opère de la même manière que lors d'une saisie, en règle générale donc par une vente aux enchères. Toutefois, la vente de gré à gré peut être pratiquée sur une plus grande échelle. Alors que, suite à une saisie, tous les créanciers saisissants doivent donner leur accord à cet effet ¹¹⁵⁶, il suffit dans la faillite que la dernière assemblée des créanciers décide ¹¹⁵⁷, avec l'accord d'un éventuel créancier gagiste, d'appliquer ce mode de réalisation. Cette assemblée prend ses décisions à la majorité absolue des créanciers représentés ¹¹⁵⁸.

L'administration de la faillite peut exiger de la société la remise d'un titre, dans les conditions dans lesquelles le failli aurait pu le réclamer lui-même ¹¹⁵⁹. A-t-elle pu obtenir un titre d'action ayant la qualité d'un papier-valeur, il sera remis après adjudication au dernier enchérisseur. A-t-on seulement pu lui délivrer un titre de preuve, l'Office des faillites le remettra aussi à l'adjudicataire, mais il ne suffira pas pour établir la légitimité de son acquisition. Cette preuve devra être complétée par la délivrance d'une copie du procès-verbal d'adjudication, alors que cela n'est pas nécessaire lorsqu'il s'agit d'un titre d'action au porteur, ou à ordre muni d'un endossement en blanc. Pour ceux-ci, les droits d'actionnaire passent à l'adjudicataire avec la tradition du titre.

Lorsque l'acquisition a lieu par vente de gré à gré, la preuve des droits du nouvel actionnaire dépendra de la nature juridique de cet acte. Considère-t-on qu'il s'agit d'un acte de droit public, une attestation d'adjudication délivrée par l'Office des faillites sera suffisante. Pense-t-on, en revanche, qu'il s'agit d'un contrat de droit privé, un acte de cession des droits établi par l'Office ¹¹⁶⁰ devra être remis au nouvel actionnaire en plus du titre de preuve délivré par la société.

c) Après une mise en gage

La faculté de faire réaliser des droits d'actionnaire mis en gage appartient au créancier qui n'est pas désintéressé ¹¹⁶¹. Comme le mode de réalisation n'est

¹¹⁵⁵ Jaeger, Commentaire ad art. 131 LP, note 1.

¹¹⁵⁶ Art. 130 chif. 1 LP.

¹¹⁵⁷ Art. 253 al. 2 LP.

¹¹⁵⁸ Art. 252 al. 3 LP.

¹¹⁵⁹ Hächli, p. 105.

¹¹⁶⁰ Pour les titres nominatifs, cf. Bruderer, p. 118.

¹¹⁶¹ Art. 891 al. 1 CC.

pas fixé dans la loi, les parties peuvent choisir entre deux possibilités, la réalisation forcée et la réalisation privée ¹¹⁶².

aa) La réalisation forcée

Elle peut se faire par une vente aux enchères ¹¹⁶³ ou par une vente de gré à gré ¹¹⁶⁴. Pour des droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un titre, cette dernière forme de réalisation forcée n'est admissible que pour autant que tous les intéressés sont d'accord ¹¹⁶⁵. Suivant la nature juridique attribuée à la vente de gré à gré, l'établissement d'un acte de cession des droits d'actionnaire est nécessaire ou non lorsque la société n'a pas émis de titres incorporant la qualité d'actionnaire.

Lorsque les conditions pour une vente de gré à gré ne sont pas remplies, l'Office recourra au mode ordinaire de réalisation, la vente aux enchères. L'adjudication opérera le transfert des droits d'actionnaire au dernier enchérisseur, sans qu'il soit nécessaire d'établir spécialement un acte de cession.

bb) La réalisation privée

La procédure de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite n'est pas impérative ¹¹⁶⁶. Si les parties ne peuvent prévoir dans le contrat de gage une clause autorisant le créancier gagiste à s'approprier le gage ¹¹⁶⁷ en cas de non-paiement de la créance, il leur est en revanche loisible de stipuler que le créancier a la faculté de vendre l'objet mis en gage en dehors d'une vente judiciaire ¹¹⁶⁸. Pareille clause est aussi admissible lorsqu'il s'agit d'un gage sur des droits ¹¹⁶⁹ et, en particulier, sur des droits d'actionnaire qui ne sont pas incorporés dans un papier-valeur.

2. Le certificat intérimaire

Pour permettre à l'adjudicataire d'exercer des droits dans la société, le certificat intérimaire doit obligatoirement lui être remis. La vente aux enchères étant une mesure relevant du droit public, l'Office ne doit pas assortir le certificat d'un endossement ou d'une cession. Le procès-verbal d'adjudication remplacera cette formalité, quelle que soit l'espèce de certificat intérimaire en cause. S'il ne dispose pas du certificat, l'Office ne pourra procéder à la vente

¹¹⁶² Oftinger, Commentaire ad art. 891 CC, note 29.

¹¹⁶³ Art. 122, 156, 256 LP.

¹¹⁶⁴ Art. 130 chif. 1 et 2 LP.

¹¹⁶⁵ Sautaux, p. 81.

¹¹⁶⁶ Glettig, p. 175, cf. Boeckli, SJZ 1924, pp. 301 ss.

¹¹⁶⁷ Art. 894 CC.

¹¹⁶⁸ Arrêt Gertsch contre Minoretti, du 1^{er} décembre 1938, ATF 64 II pp. 415 ss, JT 1939 I pp. 199 ss, notamment 201.

¹¹⁶⁹ Sautaux, p. 84.

des droits d'actionnaire, dès l'instant où on admet qu'il s'agit d'un papier-valeur.

3. *Le certificat d'actions*

Lorsque le certificat d'actions est un papier-valeur indivisible, l'actionnaire débiteur ne pourra empêcher qu'il soit vendu en bloc. L'indivisibilité a alors pour effet d'assimiler le certificat à l'existence d'une seule action dont la réalisation ne peut évidemment pas être partielle.

L'adjudication opère en soi le transfert de la qualité d'actionnaire sans qu'il soit nécessaire de remettre à l'enchérisseur le certificat. Cette formalité est toutefois indispensable, le cas échéant avec un endossement ou un acte de cession, pour créer la légitimation de l'adjudicataire ¹¹⁷⁰.

B. LA SOCIÉTÉ A ÉMIS DES TITRES

1. *Le titre nul*

Pour se légitimer à l'égard de la société, l'adjudicataire aura uniquement besoin du procès-verbal d'adjudication, les droits d'actionnaire n'étant pas valablement incorporés dans un titre. Il pourra certes exiger la remise du titre nul lorsque celui-ci est encore utilisable comme moyen de preuve de la qualité d'actionnaire. Cela ne sera pas indispensable dans la mesure où il n'existe aucun doute quant à la nullité du titre en tant que papier-valeur.

2. *Le titre non disponible*

Les droits d'actionnaire peuvent être saisis, mais ils ne pourront être réalisés avant que les titres aient pu être récupérés, ou, à défaut, une procédure d'annulation menée à chef. Seule cette mesure qui sépare la qualité d'actionnaire du titre procurera au débiteur la faculté de disposer à nouveau de ses droits.

3. *Le titre perdu ou volé, et annulé*

Le procès-verbal d'adjudication met l'ayant droit en mesure d'exiger la délivrance d'un nouveau titre. Ce document est à la fois un moyen de légitimation nécessaire et suffisant. Il n'empêche que la société garde ici également la possibilité de soulever toutes les exceptions qu'elle pouvait faire valoir à l'égard de la personne dont l'office a vendu les droits d'actionnaire. Il se pourrait en effet qu'aux yeux de la société, elle n'ait pas eu la qualité d'actionnaire. En revanche, l'enchérisseur auquel l'Office remet un papier-valeur après l'adjudication n'est pas exposé à un tel risque, dans la mesure, tout au moins, où il s'agit d'un titre au porteur ou à ordre.

¹¹⁷⁰ Oftringer, Commentaire ad art. 891 CC, note 47.

CONCLUSION

Arrivé au terme de cette étude, nous tenterons de porter un jugement d'ensemble sur les situations dans lesquelles un actionnaire se trouve sans titre et pensons pouvoir résumer nos développements de la façon suivante :

I

Une société anonyme qui n'a pas procédé à l'émission de titres sous forme de papiers-valeurs ne crée pas une situation contraire à la loi, ou qui entraverait son fonctionnement. Nous pensons avoir démontré la fausseté de l'idée généralement admise selon laquelle le titre d'action n'est confectionné que dans l'intérêt de l'actionnaire et de la négociabilité de ses droits. Ce serait oublier que, par l'émission du titre, la société apporte un élément de sécurité dans ses rapports avec les actionnaires, en limitant du même coup sa responsabilité à leur égard du fait qu'elle peut reconnaître au détenteur du titre la qualité d'actionnaire, sans se soucier de sa légitimation matérielle.

II

Nous croyons être parvenu à mettre en évidence les inconvénients auxquels un actionnaire sans titre se heurtera tôt ou tard. Pensons à ce que la non-émission de papiers-valeurs entraîne sur le plan de l'exercice des droits d'actionnaire et de la faculté de transférer le sociétariat. Comme nous l'avons vu, la non-émission a pour effet de priver la société, d'une part, et un acquéreur des droits d'actionnaire, d'autre part, de la protection de leur bonne foi. Pour cette raison, et dans l'intérêt tant de la société que de l'actionnaire, l'absence de titre devrait être l'exception.

III

Certes, on pourrait préconiser de faire dépendre la naissance, l'exercice et le transfert de la qualité d'actionnaire de la délivrance d'un papier-valeur et éviter ainsi les inconvénients dus à l'absence de titre. Toutefois, cela aurait pour conséquence d'augmenter considérablement le nombre des procédures d'annulation, ce qui n'est pas souhaitable. Elles sont longues, et d'un coût qui n'est souvent pas en rapport avec l'enjeu. Il faudrait alors trouver des moyens pour simplifier les formalités de la procédure d'annulation, même en temps ordinaire, ce qui ne pourrait se faire sans porter atteinte aux intérêts de l'acquéreur de bonne foi d'un titre perdu ou volé. Ce n'est pas par hasard que le législateur n'a prévu une simplification de la procédure d'annulation que pour les titres nominatifs, où il n'y avait pas à tenir compte de cette bonne foi.

Contraindre la société à émettre des papiers-valeurs ne saurait donc être une solution. Il serait regrettable que la possibilité de ne pas émettre des titres d'action soit supprimée par l'intervention du législateur. Elle répond à un besoin de la petite société anonyme, la plupart du temps fortement personnalisée. La souplesse de notre droit dans ce domaine, dont l'adaptation à l'évolution économique sans cesse plus rapide est si bénéfique, en pâtirait sans raison légitime.

IV

Convient-il alors de maintenir tout simplement le statu quo ? Nous estimons souhaitable que la non-émission de titres d'action sous forme de papiers-valeurs fasse l'objet d'une réglementation légale qui dissiperait certaines incertitudes qu'elle fait naître et éviterait des solutions boiteuses. Nous avons à l'esprit par exemple le problème du transfert de l'action au porteur non intégralement libérée, ou celui de l'absence de règles strictes pour la tenue du registre des actions lorsque la société n'émet pas de titres. Nous préconisons l'existence d'un tel registre, voire l'introduction d'un registre des gages et usufruits, dans tous les cas où la société n'a pas incorporé la qualité d'actionnaire dans un papier-valeur, donc même lorsque les statuts prévoient que les actions de la société sont au porteur.

V

Faut-il maintenir la liberté de la société d'émettre des titres là où les actionnaires n'ont en définitive pas un intérêt légitime à une telle émission, en d'autres termes cette liberté doit-elle exister pour toutes les sociétés sans égard à leur but social et aux membres qui la composent ?

Lorsque des intérêts publics prépondérants sont en jeu, ce qui est notamment le cas lors de l'utilisation de sociétés anonymes aux fins d'achat de biens immobiliers suisses par des étrangers domiciliés à l'étranger, nous pensons qu'une interdiction d'émettre des papiers-valeurs résoudrait bien des problèmes que pose l'application de la *lex Furgler*. L'action d'hommes de paille ne sera pas exclue pour autant, mais il deviendra impossible que les actions d'une société immobilière changent de mains entre étrangers, sous la couverture de l'anonymat, au mépris de cette loi.

Le même résultat ne peut être atteint en obligeant la société à n'émettre que des actions nominatives, comme diverses voix parlementaires l'ont suggéré ces derniers temps pour la société immobilière. L'anonymat de l'actionnaire ne serait pas supprimé lorsque les actions sont émises sous forme de titres à ordre. Ceux-ci peuvent en effet circuler munis d'un endossement en blanc. Certes, il en irait autrement dans l'hypothèse où la société ne pourrait émettre que des titres nominatifs, donc exclusivement transférables par voie de cession. Toutefois, l'intérêt qu'il y a à incorporer la qualité d'actionnaire dans un papier-valeur est alors considérablement diminué. Autant prévoir la suppression pure et simple du papier-valeur, puisque l'ayant droit n'aura pas à craindre les désagréments pouvant résulter de la perte des titres.

La suppression de toute incorporation des actions dans des papiers-valeurs, lorsqu'il s'agit de sociétés immobilières, posera des problèmes, à commencer par celui de la définition de ces sociétés, mais ces problèmes ne sont pas insolubles. Rappelons que la suppression de la faculté d'émettre des titres sous forme de papiers-valeurs ne porte pas atteinte au sociétariat de l'actionnaire. Dès lors, on ne voit pas pourquoi le législateur ne pourrait pas abolir le droit au titre pour les actionnaires de certaines sociétés, telles les sociétés immobilières, ou encore celles dont le capital est entre les mains d'un seul actionnaire. Cette dernière idée impliquerait toutefois une reconnaissance par le législateur de la société à membre unique, ce qui n'est pas le cas.

Il serait possible de prévoir pour ces sociétés une disposition légale imposant, outre la suppression des titres, l'obligation absolue de tenir un registre des actions. Pour les sociétés immobilières on peut en outre exiger avec Jäggi ¹¹⁷¹ que le registre des actions soit déposé au Registre foncier pour assurer le respect de la publicité de la propriété immobilière voulue par le législateur, et que le transfert des actions ne puisse avoir lieu qu'en respectant la forme authentique.

VI

La question se pose enfin s'il ne serait pas judicieux d'accepter qu'un titre puisse, par suite de modifications statutaires, ne plus incorporer la qualité d'actionnaire, ce qui aurait pour conséquence de créer des actionnaires sans titre. S'il est évidemment souhaitable que le titre d'action soit toujours autant que possible le reflet des statuts de la société, ce postulat ne pourra être réalisé qu'en trahissant la confiance de l'actionnaire dans la qualité de son titre, ce qui porte évidemment atteinte à la sécurité des transactions.

Le problème est insoluble. Ou bien on accepte qu'un divorce plus ou moins important puisse se créer entre la réalité juridique représentée par les statuts de la société et le titre émis pour la constater, ce qui permettra de respecter l'impératif de la sécurité des transactions — c'est la solution *de lege lata* — ou bien on n'accepte pas cette idée, ce qui conduira automatiquement à créer une insécurité juridique pour l'acquéreur du titre.

En règle générale, le droit de la société anonyme doit l'emporter sur le droit des papiers-valeurs. Il existe ici une situation où, exceptionnellement, l'inverse doit se produire dans l'intérêt de la sécurité des transactions. La règle fondamentale selon laquelle, hormis quelques cas bien spécifiés par le législateur, la société ne peut pas retirer la qualité de papier-valeur à des titres en circulation, doit être maintenue.

Nous n'avons pas la prétention d'avoir examiné d'une manière exhaustive tous les problèmes que pose l'actionnaire sans titre. Si nous avons pu contribuer à mieux faire saisir la dépendance mutuelle existant entre le droit de la société anonyme et le droit des papiers-valeurs, le but que nous nous étions fixé a été atteint.

¹¹⁷¹ SAG 1974, pp. 145 ss, notamment 154.

BIBLIOGRAPHIE

- AELLIG, W.: Die Stückelung des Aktienkapitals, SAG 1949/50 pp. 18 ss.
- AMREIN, F.: Das Institut des Inhaberzertifikates für ausländische Aktien, SJZ 1965 pp. 165 ss.
- ASCHWANDEN, G.: Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft, thèse, Zürich 1955.
- BAUMBACH, A. - HUECK, G. - HUECK, A.: Aktiengesetz, 13^e édition, München 1968.
- BÄR, R.: Aktuelle Fragen des Aktienrechts, Rapport à la Société suisse des juristes, Zug 1966, ZSR 1966 pp. 321 ss (cité Rapport).
- BECKER, H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VI, Obligationenrecht I Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183, Bern 1941.
- BEELER, G.: Die Wertpapiere im schweizerischen Recht, Aarau 1937.
- BEER, M.: Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, thèse, Bern 1944.
- BÖCKLI, P.: Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter, Basler Studien zur Rechtswissenschaft N° 61, Basel 1961.
- BOEMLE, M.: Aktienzertifikate, Interims- und Lieferscheine, thèse, St. Gallen 1955 (cité thèse).
- Rechtliche Natur und wirtschaftliche Bedeutung der Interimsscheine, SAG 1959/60 pp. 81 ss.
- BRUDERER, H.: Die Namenpapiere, thèse, Zürich 1943.
- BRUNNER, M.: Die Bezugsrechte nicht eingetragener Eigentümer NZZ N° 3362, du 3 octobre 1960.
- BÜRGI, W. F.: Unverbriefte Aktienrechte und deren Übertragung, SAG 1950/51 pp. 133 ss.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht 5 Teil, Aktiengesellschaft, Art. 660-697, Zürich 1957.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht 5 Teil, Aktiengesellschaft, Art. 698-738, Zürich 1969.
- CAPITAINE, G.: Le capital-social non libéré d'une SA avant l'émission des actions, SAG 1946/47 pp. 15 ss.
- CARRY, P.: Problèmes relatifs au transfert des actions nominatives, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 9, Genève 1952, pp. 163 ss.

- CARRY, P.: Légitimation formelle et légitimation matérielle en matière d'effets de change, SJ 1955 pp. 337 ss.
- Le transfert entre vifs des actions nominatives liées, Conférence donnée le 14 mars 1961 à Genève (citée Conférence).
- L'action au porteur non intégralement libérée, Mélanges Roger Secrétan, Lausanne 1964, pp. 23 ss.
- CONNE, A.: Die Namenaktie, thèse, Zürich 1933.
- CONTAT, J.: Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts, thèse, Bern 1932.
- CUDKOWICZ, Ph.: Kraftloserklärung von Wertpapieren, thèse, Bern 1941.
- ENGEL, P.: Traité des Obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- ERNST: Der Genuschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, thèse, Zürich 1963.
- ESCARA, J.: Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales, tome III, Paris 1955.
- FEHLMANN, K.: Die Aktien im angloamerikanischen und kontinentalen Recht, thèse, Bern 1943.
- FLATTET, G.: Essai sur la nature juridique des titres nominatifs, thèse, Lausanne 1945 (citée thèse).
- La dissociation des droits de l'action, Mélanges François Guisan, Lausanne 1950.
- FOLLIET, E.: La prime sur l'émission d'actions et le Code des obligations, ZSR 1951 pp. 32 ss.
- FORRER, H. R.: Die Mitgliedschaft und ihre Beurkundung, thèse, Zürich 1960.
- FORSTMOSER, P.: Art. 683 ff. OR: Übertragung unverbriefter Aktienrechte. Entscheide des Bezirksgerichts Bülach vom 20 Dezember 1973 und des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1 April 1974, SAG 1975 pp. 109 ss.
- FRIEDRICH, H. P.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, art. 1-10 ZGB, Bern 1962.
- FRITZSCHE, H.: Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Band I und II, 2^e édition, Zürich 1967.
- FROMER, L.: Schutz der Aktiengesellschaft vor fremdem Einfluss, ZSR 1961 pp. 127 ss.
- FUNK, F.: Kommentar des Obligationenrechts, Band II, Das Recht der Gesellschaften, Aarau 1951.
- GADOW, W. - HEINICHEN, E.: Aktiengesetz Grosskommentar, 3^e édition, Berlin 1973.
- GAUTHIER, J.: La cession de créance dans la saisie et la faillite, SJ 1970 pp. 385 ss.

- GAUTSCHI, G.: Im Ausland hinterlegte Wertpapiere im Konkurs, bei Arrestlegung oder Pfändung gegenüber Depotkunden einer Schweizer Bank, SJZ 1969 pp. 249 ss.
- GISLING, J. C.: La valeur nominale des actions, thèse, Lausanne 1963.
- GLETTIG, O.: Die dinglichen Rechte an Aktien, thèse, St. Gallen 1953.
- GRAFFENRIED, R. von: Zwillingsaktien, SAG 1968 pp. 145 ss.
- GRAZIANI, A.: Diritto della società, 5^e édition, Napoli 1963.
- GUHL, Th. - MERZ, H. - KUMMER, M.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 6^e édition, Zürich 1972.
- GULDENER, M.: Das Zivilprozessrecht der Schweiz, 2^e édition, Zürich 1958.
- GUTZWILLER, M.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 6 Teil, Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung, Art. 828-878, Zürich 1972.
- HAGMANN, E.: Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, thèse, Zürich 1951.
- HAHNLOSER, E.: Die Namenaktie, thèse, Zürich 1903.
- HAMEL, J. - LAGARDE, G.: Traité de droit commercial, Paris 1954.
- HENSELER, E.: Die Legitimationsübertragung von Aktien nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Gesetzgebung, thèse, Bern 1940.
- HEROLD, H.: Zwingendes Aktienrecht, Untersuchungen über das Wesen des zwingenden Privatrechtes, thèse, Zürich 1931.
- HIRSCH, A.: Problèmes actuels du droit de la société anonyme, Rapport à la Société suisse des juristes, Zug 1966, ZSR 1966 pp. 1 ss (cité Rapport).
- L'anonymat de l'actionnaire dans la SA, Festschrift Walther Hug, Bern 1968, pp. 307 ss.
- HÖCHLI, J. H.: Die Kaduzierung von Aktien, thèse, Zürich 1941.
- HOMBERGER, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, 3 Abteilung Besitz und Grundbuch, Art. 919-977, Zürich 1938.
- HUBER, H.: Verarrestierbarkeit von Wertpapieren, welche durch inländische Banken im Ausland verwahrt werden, SJZ 1969 pp. 149 ss.
- JAEGER, Ch.: Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, traduction française, 3 volumes, Lausanne 1920.
- JAEGER, Ch. - DAENIKER, M.: Schuldbetreibungs und Konkurspraxis der Jahre 1911-1945, Band I, Zürich 1947.
- JÄGGI, P.: Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, SAG 1950/51 pp. 153 ss, pp. 173 ss et pp. 193 ss.

- JÄGGI, P.: Anmerkung zu BGE 83 II s. 297 ff. (Häring gegen Beglinger), ZSR 1958 pp. 525 ss.
- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 7 Teil, Wertpapiere, Art. 965-989, Art. 1145-1155, Zürich 1959.
- Die Immobilienaktiengesellschaft, SAG 1974 pp. 145 ss.
- JOLIDON, P.: Problèmes de structure dans le droit des sociétés, Rapport à la Société suisse des juristes, Solothurn 1968; ZSR 1968 pp. 427 ss (cité Rapport).
- KLEINER, B.: Bankdepot auswärtsliegender Titel und deren Pfändung bzw Ver-arrestierung, SJZ 1968 pp. 211 ss.
- KOEFLER, R.: Die Nutzniessung an Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung der Nutzniessung an Aktien, thèse, Zürich 1954.
- KRAFT, M. Ch.: La dissociation des droits de l'actionnaire, thèse, Lausanne 1963.
- KUMMER, M.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.
- LANG, O.: Genusscheine und Nebenleistungen bei der GmbH sowie deren steuerliche Folgen, SAG 1969 pp. 89 ss.
- LEHMANN, H.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachen-recht, 1 Abteilung, Art. 641-729, Bern 1920.
- LEHMANN, K.: Das Recht der Aktiengesellschaft, Band I und II, Berlin 1898, édition de 1964.
- LEWIN, Y. V.: Die Mängel des Aktientitels, thèse, Fribourg 1946.
- MEIER-HAYOZ, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB, Bern 1962.
- Personengesellschaftliche Elemente im Recht der Aktiengesellschaft, Festschrift Walther Hug, Bern 1968, pp. 377 ss.
- MENGIARDI, P.: Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts, Rapport à la Société suisse des juristes, Solothurn 1968, ZSR 1968 pp. 1 ss (cité Rapport).
- Statutarische Auflösungsgründe im Recht der Aktiengesellschaft, Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, pp. 265 ss.
- MERCIER, J. J.: Le transfert de l'action nominative en droit suisse et allemand, thèse, Lausanne 1935.
- MEYER-WILD, H.: Zur Haftung des Inhabers einer Inhaberaktie für den nicht ein-bezahlten Betrag, SJZ 1925 pp. 329 ss.
- MOSER, E.: Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem sowie nach deutschem und italienischen Recht, thèse, Zürich 1945.
- MÜLLER, S.: Verpfändung von Namenaktien, SAG 1942/43 pp. 137 ss et pp. 157 ss.
- Couponbogen zur Aktie, SJZ 1962 pp. 277 ss.

NAEGELE, G.: Die Mitgliedschaftspapiere, Heidelberg 1937.

NAHRATH, Ch.: Das Stimmrecht der Aktionäre nach schweizerischem Recht, thèse, Bern 1933.

OFTINGER, K.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht, 2 Abteilung, Fahrnispfand, Art. 884-918, Zürich 1952.

OSTERTAG, F.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Sachenrecht, 3 Abteilung, Art. 919-977, Bern 1917 (2^e édition).

OTT, E.: Das Bezugsrecht der Aktionäre, thèse, Zürich 1962.

PATRY, R.: L'action en annulation des décisions de l'Assemblée générale, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 19, pp. 1 ss, Genève 1964.

— La nullité des décisions des organes sociaux dans la société anonyme, Mélanges Roger Secrétan, Lausanne 1964, pp. 227 ss.

— Les divers types de sociétés du droit suisse, Extrait de l'ouvrage Evolution et Perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales, pp. 417 ss, Milano (cité Evolution et Perspectives).

— Séquestre de créances en paiement de dividendes — Actions nominatives auxquelles sont attachés des coupons incorporant ces créances en paiement de dividende — Papiers-valeurs. Droit d'être entendu dans la procédure de prise de décision des autorités de poursuite (Arrêt Diskont- und Handelsbank AG, du 10 août 1973, ATF 99 (1973) III pp. 18 ss.), SAG 1974 pp. 135 ss.

— Précis de droit suisse des sociétés, Précis de droit Staempfli, volume I, Bern 1976 (cité Précis de droit suisse des sociétés).

PATRY, R. - AUBERT, M.: Les valeurs mobilières en droit suisse, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, N° 31, Genève 1970.

PERRIER, V.: Les actions au porteur, thèse, Lausanne 1907.

PESTALOZZI, A.: Bedingungen der Bezugsrechte, SAG 1962/63 pp. 137 ss.

PESTALOZZI-HENGgeler, R.: Die Namenaktie und ihre Vinkulierung, thèse, Zürich 1948 (cité thèse).

— Zur Spaltung der Aktienrechte bei Namenaktien, SJZ 1960 pp. 325 ss.

PFENNINGER, C.: Vinkulierte Aktien und ihre Aktualität heute, SAG 1965 pp. 233 ss.

— Vinkulierte Aktien als theoretischer Begriff, SAG 1966 pp. 33 ss.

— Vinkulierte Aktien in der Praxis, SAG 1966 pp. 81 ss.

PFISTER, H. R.: Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht, thèse, Zürich 1969.

- PIOTET, P.: L'acquisition « A non domino » de monnaie ou de papiers-valeurs au porteur ou à ordre, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes à Lausanne, du 4 au 6 octobre 1958, Lausanne 1958, pp. 33 ss.
- Quelques considérations sur l'acquisition des cédules hypothécaires, lettres de rente et obligations hypothécaires, JT 1959 I pp. 457 ss.
- PLATTNER, J.: Die Zwillingsaktie, Ein Beitrag zum Recht der Untermehmenszusammenfassung, thèse, Zürich 1970.
- REICHWEIN, H.: Vinkulierte Namenaktien Rechtliche Erwägungen, NZZ N° 2355, du 9 juillet 1960.
- RIBI, H.: Von der Übertragung der Wertpapiere, thèse, Zürich 1959.
- RIPERT, G.: Traité élémentaire de droit commercial, 7^e édition, Paris 1972.
- ROSSET, P. R.: Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés, extrait du Recueil de Travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, à l'occasion du centenaire de la fondation de l'académie, Neuchâtel 1938.
- RÜTTI, H.: Über die Prüfungspflicht des Richters bei der Kraftloserklärung von Wertpapieren, SAG 1950/51 pp. 189 ss.
- SAUTAUX, J.: L'engagement de l'action nominative liée, thèse, Fribourg 1958.
- SCHLATTER, H.: Die Übertragung von Namenaktien nach dem geltenden schweizerischen Obligationenrecht, SAG 1942/43 pp. 43 ss.
- SCHLUEP, R. W.: Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs, thèse, St. Gallen 1955 (cité thèse).
- Anfechtungsrecht und Schutz des Aktionärs, SJZ 1958 pp. 209 ss.
- SCHUCANY, E.: Die Übertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktienurkunden, SJZ 1945 pp. 177 ss.
- Kommentar zum Aktienrecht, 2^e édition, Zürich 1960.
- SECRÉTAN, R.: Le problème des actions qui, depuis longtemps, n'ont plus été représentées aux Assemblées générales, SAG 1946/47 pp. 29 ss.
- L'émission frauduleuse de papiers-valeurs en surnombre considérée du point de vue du droit civil, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Lausanne à l'occasion de l'Assemblée de la Société suisse des juristes à Lausanne du 4 au 6 octobre 1958, Lausanne 1958, pp. 65 ss.
- La notion de la « valeur réelle » des actions non cotées, Etudes de Droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, pp. 117 ss.
- SIEGWART, A.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil, Aktiengesellschaft, Art. 620-659, Zürich 1945.
- SONTAG: Zur Übertragung von Namenaktien, SAG 1948/49 pp. 159 ss.

- STADLIN, P.: Über die Rechtsstellung des Eigentümers von in Nutziessung stehenden Aktien, SAG 1944/45 pp. 185 ss.
- STAHEL, R. K.: Zur Rechtsübertragung unter besonderer Berücksichtigung der Wertpapiere, thèse, Zürich 1967.
- STARK, E.: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV, Besitz und Grundbuch, Art. 926-941 ZGB, Bern 1966.
- STEIGER, F. von: Die Übertragung der Mitgliedschaft bei einer Aktiengesellschaft nach geltendem Recht unter Berücksichtigung des Entwurfes, SAG 1934/35 pp. 105 ss.
- Die Pfändung und Verwertung von Aktien, für welche keine Urkunde ausgegeben wurde, SAG 1936/37 pp. 54 ss.
 - Welche Angaben sind auf einer Aktienurkunde notwendig, SAG 1937/38 pp. 105 ss.
 - Die Nutzniessung an Aktien, SAG 1944/45 pp. 49 ss.
 - Pfändung und Verwertung von Pflichtaktien eines Verwaltungsrates in einer gegen ihn angehobenen Betreibung eines Dritten, SJZ 1945 pp. 132 ss.
 - Der Zerfall der Ansprüche an der Aktie, SAG 1950/51 pp. 116 ss.
 - Die sog. Pflichtaktien der Verwaltung, SAG 1957/58 pp. 11 ss.
 - Fragen um das Bezugsrecht, SAG 1962/63 pp. 243 ss.
 - Können die Aktienurkunden einer gelöschten Gesellschaft kraftlos erklärt werden, SAG 1962/63 pp. 358 ss.
 - Prüfungsrecht und Prüfungspflicht der Aktiengesellschaft betreffend die Handlungsfähigkeit von Veräusserer und Erwerber bei der Eintragung in das Aktienbuch, SJZ 1963 pp. 333 ss.
 - Genussscheine als Finanzierungsmittel, Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, pp. 99 ss.
 - Le droit des sociétés anonymes en Suisse, Lausanne 1973 (cité Société anonyme).
- STEIGER, W. von: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, 5 Teil C, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Art. 772-827, Zürich 1965.
- STEINER, E.: Aktientitel die den Statuten nicht mehr entsprechen, SAG 1938/39 pp. 100 ss.
- Eine Aktiengesellschaft ohne Aktientitel, SAG 1939/40 pp. 85 ss.
 - Die Veröffentlichungen bei der Kaduzierung von Aktien, SAG 1945/46 pp. 205 ss.
- STROHMEIER, F.: Die gerichtliche Kraftloserklärung der Wertpapiere im schweizerischen Recht, thèse, Zürich 1952.
- TEITLER, E.: Die Einmannimmobilienaktiengesellschaft, thèse, Zürich 1969.

- TENGER, S.: Die Transaktionen in Namenaktien an Schweizer Börsen, thèse, Zürich 1955.
- TUHR, A. von - ESCHER, A.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Zürich 1974.
- VISCHER, F. - RAPP, F.: Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Bern 1968.
- VOEGELI, P.: Der gutgläubige Erwerb von Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung kriegsbedingter Erscheinungen im Wertpapierhandel, thèse, Zürich 1951.
- WEISS, G.: Die nichtentziehbaren Rechte des Aktionärs, SJZ 1942/43 pp. 529 ss.
- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band VII, Aktienrecht Einleitung, Bern 1956.
- WETTSTEIN, G.: Die nicht vollinbezahlte Aktie, thèse, Zürich 1948.
- WIELAND, A.: Das Aktienbuch und der Rechtsübergang an Namenaktien nach dem revidierten Obligationenrecht, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, N° 18, Basel 1945.
- Die Grenzen des Schadenersatzanspruchs des Aktionärs gegenüber der Aktiengesellschaft nach dem revidierten Obligationenrecht, SJZ 1947 pp. 106 ss et pp. 117 ss.
- Zur Übertragbarkeit und Übertragungsform unbeurkundeter Aktienrechte und von Aktienanrechten, SAG 1948/49 pp. 141 ss, SAG 1950/51 pp. 221 ss.
- WIELAND, K.: Handelsrecht, Band II, München und Leipzig 1931.
- WINKLER, B.: Das Aktienbuch, thèse, Bern 1940.
- WOLF, E.: Vinkulierte Namenaktien, empfiehlt sich eine Gesetzesergänzung NZZ N° 2659, du 8 août 1960.
- Couponsbogen zu Namenaktien, SJZ 1962 pp. 349 ss.
- Zur Frage der Behandlung « Verschollener » oder verwaister Inhaberaktien, SAG 1965 pp. 33 ss.
- WOUTERS, H. - VAN WYNENDALLE, J. - HUYBRECHTS, M.: Le droit des sociétés anonymes dans les pays de la Communauté économique européenne, 2^e édition, Bruxelles 1973.
- WÜRDINGER, H.: Aktien und Konzernrecht, 3^e édition, Karlsruhe 1973.
- ZELLER, M.: Die Familien AG nach dem revidierten Obligationenrecht, thèse, Bern 1940.
- Warum werden Aktiengesellschaften gegründet, SAG 1972 pp. 22 ss.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Abréviations	11
Introduction	13

CHAPITRE I

LA NOTION DE PAPIER-VALEUR

I. <i>Définition</i>	17
II. <i>Les différentes espèces de papiers-valeurs</i>	19
III. <i>Les effets du papier-valeur</i>	20
A. L'assimilation à une chose mobilière	20
B. La nécessité d'une procédure d'annulation	22
1. Généralités	22
2. La procédure judiciaire	23
3. La procédure exceptionnelle	24

CHAPITRE II

LE PAPIER-VALEUR DANS LE DROIT DES SOCIÉTÉS

I. <i>Le papier-valeur en général</i>	27
A. Historique	27
B. Les sociétés de personnes.	28
C. La société à responsabilité limitée	28
D. La société coopérative	30
E. Le fonds de placement	30

	Pages
II. <i>Le papier-valeur dans la société anonyme</i>	32
A. L'origine du droit positif	32
B. Le silence de la loi	33
C. L'interprétation de la loi	34
D. Les effets de l'interprétation de la loi	37
1. La notion du titre d'action	37
2. La classification des titres d'action	37
a) Le critère formel	38
aa) Le titre sous seing privé	38
bb) Le titre en la forme authentique.	38
b) Le critère matériel.	39
aa) Le papier-valeur	39
bb) Le titre de preuve	39
E. L'inscription au registre des actions	42

CHAPITRE III

L'ACTIONNAIRE SANS TITRE DANS LA PRATIQUE

I. <i>Les différentes situations</i>	45
A. La société n'a pas émis de titres	45
1. La quittance de libération	45
2. Le certificat intérimaire	47
3. Le certificat d'actions	48
a) La notion	48
b) Les espèces	49
B. La société a émis des titres	51
1. Le titre nul	51
a) Généralités	51
b) La nullité formelle	51
c) La nullité matérielle	54
2. Le titre non disponible	55
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	56
II. <i>Les différentes causes d'une non-émission de titres</i>	57
A. Les raisons mineures	57

	Pages
B. Les raisons majeures	58
1. La restriction de la négociabilité des actions	58
2. La connaissance de l'actionnaire	59
3. Le groupement de sociétés	60
III. <i>Le phénomène d'une non-émission de titres dans les différentes sociétés</i> . .	61

CHAPITRE IV

LE DROIT AU TITRE

I. <i>Les différents droits de l'actionnaire</i>	65
II. <i>Le principe général</i>	66
A. Le droit au titre de preuve	66
1. La nature du droit au titre de preuve	66
2. Les conditions de l'exercice du droit au titre de preuve	67
a) Les conditions formelles	67
b) Les conditions matérielles	68
3. Les effets du titre de preuve	69
B. Le droit au papier-valeur	70
1. La nature du droit au papier-valeur	70
2. Les conditions de l'exercice du droit au papier-valeur	70
a) Les conditions formelles	70
b) Les conditions matérielles	71
3. Les effets du papier-valeur	73
III. <i>L'exclusion du droit au titre dans les statuts originaux</i>	74
IV. <i>La suppression du droit au titre durant la vie sociale</i>	76
A. Les titres n'ont pas été émis	76
1. Les conditions de la suppression du droit au papier-valeur	76
2. Conclusion	78
B. Les titres ont été émis	79
1. Le problème	79
2. Les différents intérêts touchés	80
a) L'intérêt de la société	80

	Pages
b) L'intérêt de l'actionnaire	80
c) L'intérêt des tiers	81
3. Conclusion	83

CHAPITRE V

LES SANCTIONS DU DROIT DE L'ACTIONNAIRE AU TITRE

I. <i>Les sanctions à l'égard de la société</i>	87
A. Le titre de preuve	87
1. L'action en reconnaissance de la qualité d'actionnaire	87
2. L'action en dommages-intérêts	88
B. Le papier-valeur	89
1. L'action en délivrance du titre	89
a) Les conditions de l'exercice de l'action	89
b) Le prononcé judiciaire et l'exécution forcée	90
2. L'action en dommages-intérêts	92
3. L'action en annulation d'une décision de l'assemblée générale	93
a) Les conditions de l'exercice de l'action	93
b) Les effets de l'action en annulation	94
II. <i>Les sanctions à l'égard des tiers</i>	96
A. Le titre de preuve	96
B. Le papier-valeur	97
1. L'actionnaire ne dispose pas d'un titre au porteur	98
2. L'actionnaire ne dispose pas d'un titre à ordre	100
3. L'actionnaire ne dispose pas d'un titre nominatif	101

CHAPITRE VI

L'EXERCICE DES DROITS DE L'ACTIONNAIRE

I. <i>Les statuts stipulent l'action au porteur</i>	105
A. La légitimation en général	105
1. Les titres ne sont pas émis	106
a) La quittance de libération	106

	Pages
b) Les titres de preuve	107
aa) Le titre de preuve simple	107
bb) Le titre de présentation	109
cc) Le titre de légitimation	110
c) Le certificat intérimaire	110
d) Le certificat d'actions	111
2. Les titres sont émis	112
a) Le titre nul	112
b) Le titre non disponible	112
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	113
B. L'exercice des droits sociaux	113
1. Les titres ne sont pas émis	113
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	113
b) Le certificat intérimaire	116
c) Le certificat d'actions	117
2. Les titres sont émis	117
a) Le titre nul	117
b) Le titre non disponible	118
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	119
C. L'exercice des droits patrimoniaux	119
1. Le droit au dividende	119
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	120
aa) L'absence de coupons	120
bb) L'existence de coupons	121
b) Le certificat intérimaire	123
c) Le certificat d'actions	123
d) Le titre nul	124
e) Le titre non disponible	125
f) Le titre perdu ou volé, et annulé	125
2. Le droit préférentiel de souscription	125
a) Généralités	125
b) L'absence de coupons	126
c) L'existence de coupons	127
3. Le droit à la part de liquidation	128
II. <i>Les statuts stipulent l'action nominative</i>	129
A. La société anonyme tient un registre des actions	129
1. La légitimation en général	129

2. L'exercice des droits sociaux	130
3. L'exercice des droits patrimoniaux	131
B. La société anonyme ne tient aucun registre des actions	132
1. La légitimation en général	132
2. L'exercice des droits sociaux	133
3. L'exercice des droits patrimoniaux	133
III. <i>Les statuts restreignent le transfert des actions</i>	134
IV. <i>L'exercice des droits d'actionnaire par des tiers</i>	135
V. <i>L'éligibilité à la fonction d'administrateur</i>	135

CHAPITRE VII

LE TRANSFERT DE LA QUALITÉ D'ACTIONNAIRE

I. <i>Le droit au transfert</i>	140
II. <i>La forme du transfert</i>	142
A. La société n'a pas émis de titres	142
1. La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	142
2. Le certificat intérimaire	146
3. Le certificat d'actions	147
B. La société a émis des titres	147
1. Le titre nul	147
2. Le titre non disponible	147
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	148
III. <i>Les statuts stipulent l'action au porteur</i>	148
A. La société n'a pas émis de titres	148
1. La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	148
a) L'action intégralement libérée.	148
b) L'action partiellement libérée	152
2. Le certificat intérimaire	157
3. Le certificat d'actions	158
B. La société a émis des titres	159
1. Le titre nul	159
2. Le titre non disponible	160
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	160

	Pages
IV. <i>Les statuts stipulent l'action nominative</i>	161
A. Le registre des actions	161
B. La société n'a pas émis de titres	163
1. La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	163
a) L'action intégralement libérée	163
b) L'action partiellement libérée	166
2. Le certificat intérimaire	168
3. Le certificat d'actions	169
C. La société a émis des titres	170
1. Le titre nul	170
2. Le titre non disponible	170
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	171
V. <i>Les statuts restreignent le transfert des actions</i>	171
A. Généralités	171
B. La société n'a pas émis de titres	172
1. La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	172
2. Le certificat intérimaire	175
3. Le certificat d'actions	176
C. La société a émis des titres	176
1. Le titre nul	176
2. Le titre non disponible	177
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	177
VI. <i>La cession dite de légitimation</i>	177

CHAPITRE VIII

LA CONSTITUTION DES DROITS RÉELS RESTREINTS

I. <i>La mise en gage</i>	182
A. Le principe.	182
B. La forme de l'engagement	183
1. La société n'a pas émis de titres	183
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	183
b) Le certificat intérimaire	185
c) Le certificat d'actions	185

	Pages
2. La société a émis des titres	186
a) Le titre nul	186
b) Le titre non disponible.	186
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	186
C. Les statuts stipulent l'action au porteur	187
1. La société n'a pas émis de titres	187
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	187
b) Le certificat intérimaire	190
c) Le certificat d'actions	191
2. La société a émis des titres	192
a) Le titre nul	192
b) Le titre non disponible	192
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	193
D. Les statuts stipulent l'action nominative	193
1. La société n'a pas émis de titres	193
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	193
b) Le certificat intérimaire	194
c) Le certificat d'actons	195
2. La société a émis des titres	195
a) Le titre nul	195
b) Le titre non disponible	195
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	196
E. Les statuts restreignent le transfert des actions	196
F. L'extinction de l'engagement	197
II. <i>Le droit de rétention</i>	198
III. <i>L'usufruit</i>	199
A. Le principe	199
B. La forme de l'usufruit	201
1. La société n'a pas émis de titres	201
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	201
b) Le certificat intérimaire	202
c) Le certificat d'actions	202
2. La société a émis des titres	203

	Pages
a) Le titre nul	203
b) Le titre non disponible	203
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	203
C. Les statuts stipulent l'action au porteur	204
1. La société n'a pas émis de titres	204
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	204
b) Le certificat intérimaire	206
c) Le certificat d'actions	207
2. La société a émis des titres	207
a) Le titre nul	207
b) Le titre non disponible	208
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	208
D. Les statuts stipulent l'action nominative	209
1. La société n'a pas émis de titres	209
a) La qualité d'actionnaire non incorporée dans un papier-valeur	209
b) Le certificat intérimaire	210
c) Le certificat d'actions	210
2. La société a émis des titres	211
a) Le titre nul	211
b) Le titre non disponible	212
c) Le titre perdu ou volé, et annulé	212
E. Les statuts restreignent le transfert des actions	212
F. L'usufruit légal	213
G. L'extinction de l'usufruit	215

CHAPITRE IX

LA DÉCHÉANCE DE L'ACTIONNAIRE

I. <i>Les intérêts touchés</i>	219
II. <i>Le principe</i>	220
A. Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur . . .	220
B. Les autres cas	222

	Pages
III. <i>Les modalités</i>	223
A. Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur . . .	223
B. Les autres cas	225
IV. <i>La déclaration de déchéance et ses effets</i>	226
A. Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur . . .	226
B. Les autres cas	227
V. <i>L'utilisation des droits de l'actionnaire déchu</i>	228
A. Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur . . .	228
B. Les autres cas	229

CHAPITRE X

L'ACTIONNAIRE DANS L'EXÉCUTION FORCÉE

I. <i>L'importance de la notion de papier-valeur</i>	233
II. <i>La saisie</i>	234
A. La société n'a pas émis de titres	234
1. Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur . .	234
2. Le certificat intérimaire	237
3. Le certificat d'actions	238
B. La société a émis des titres	238
1. Le titre nul	238
2. Le titre non disponible	239
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	240
III. <i>Le séquestre</i>	240
A. La société n'a pas émis de titres	240
1. Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur . .	240
2. Le certificat intérimaire	241
3. Le certificat d'actions	242
B. La société a émis des titres	242
1. Le titre nul	242
2. Le titre non disponible	242
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	243

	Pages
IV. <i>La réalisation des droits</i>	243
A. La société n'a pas émis de titres.	243
1. Les droits d'actionnaire non incorporés dans un papier-valeur . .	243
a) Après saisie	243
b) Après faillite	245
c) Après une mise en gage	245
aa) La réalisation forcée	246
bb) La réalisation privée	246
2. Le certificat intérimaire	246
3. Le certificat d'actions	247
B. La société a émis des titres	247
1. Le titre nul	247
2. Le titre non disponible	247
3. Le titre perdu ou volé, et annulé	247
Conclusion	248
Bibliographie	251
Table des matières	259

ACHEVÉ D'IMPRIMER
SUR LES PRESSES DE L'IMPRIMERIE
DU « JOURNAL DE GENÈVE »
EN SEPTEMBRE 1977

IMPRIMÉ EN SUISSE

